جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٢٤

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام

کاتب:

محمد حسن بن باقر نجفی (صاحب جواهر)

نشرت فی الطباعهٔ:

دار احیاء التراث العربی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد۲۴

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالاـ و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطباق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۲۴، ص: ۱

[تتمه القسم الثانی فی العقود]

[تتمه کتاب التجاره]

[تتمه الفصل السابع فی الربا]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد و آله الطیبین الطاهرین

[تتمه الأول فی البیع الربوی]

[الثالث الصرف]

اشاره

الثالث من الأمور التی یتوقف بیان الربا فی البیع علیها الصرف، و هو لغه الصوت و شرعا أو متشرعیه بیع الأثمان أی الذهب و الفضه مسکوکین أو لاـ بالأثمان لا غیره من النوافل بلا خلاف أجده، للأصل و غیره. نعم قد یظهر من بعض النصوص حصوله بقصد مطلق المبادله و المعاوضه، و یمکن اراده ما کان المقصود منها البیع أو یدعی تنزیلها علیه ما لم یقصد العدم.

و علی کل حال فسمی بیعها صرفا لمناسبه اشتمالها علی الصوت عند تقلیبها بالبیع و الشراء، و ربما قیل بکونه منقولا من التصریف، و هو کثره التصرفات فی وجوه المعاوضات و الأمر سهل، کما أن الوجه فی تسمیتها أثمانا وقوعها مقرونه بباء العوض عن الأشیاء غالبا، بل فیما حضرنی من نسخه منسوبه للشهید علی القواعد عن قطب الدین قال: «الذهب و الفضه ثمنان و ان باعهما بعوض، و لهذا لو باعه دینارا بحیوان ثبت للبائع الخیار بالاتفاق: قال: و ان کانا عوضین فکل منهما بایع و مشتری، و لو باعه حیوانا بحیوان، ثبت لکل منهما الخیار».

و ان کان قد یمنع ذلک کله علیه ضروره اقتضاء العرف عند التحقیق کون مدخول الباء الثمن، و الاتفاق الذی ذکره لم نتحققه، کما أن ما ذکره من صدق کل من البائع

و المشتری علیهما لو کانا معا عوضین واضح المنع، و مثله ما ذکره أخیرا علی ما عرفته سابقا فی الخیار، و قال فی الدروس هنا: «الثمن ما قرن بالباء هنا و فی غیره کذلک و یحتمل ان یکون هو النقد إذا کان احد العوضین و الا فالمقرون بالباء، و تظهر الفائده فی بیع حیوان بحیوان و بیع نقد بحیوان» و ظاهره أنه لا إشکال فی کون الثمن مدخول الباء فی النقدین بل و المتجانسین و الله أعلم.

(و) کیف کان ف یشترط فی صحه بیعها زائدا علی الربویات إذ هی منها لأنها موزونه فی الصدر الأول؛ حتی المسکوک منها. و الاکتفاء بالعد فی بعض الأزمنه أو الأحوال بعد معلومیه موزونیه الأصل و هو الفضه و الذهب، لا یدفع حکم الربا کما عرفت، و خصوصا بعد موزونیه نقد الزمان السابق، و ان تغیرت الهیئه و خصوصا إذا کان عدم الوزن اعتمادا علی معلومیه الوزن و ضبطه، و التفاوت الیسیر غیر قادح.

قال البجلی (۱)لأبی عبد الله علیه السلام: «اشتری الشی ء بالدراهم فاعطی الناقص الحبه و الحبتین قال: لا حتی تبینه، ثم قال: الا أن یکون نحو هذه الأوضاح التی تکون عندنا عددا»

و

فی خبره (۲)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل یشتری المبیع بدرهم و هو ینقص الحبه و نحو ذلک أ یعطیه الذی یشتریه منه و لا یعلمه أنه ینقص قال: لا الا ان یکون مثل هذه الوضاحیه. یجوز کما یجوز عندنا عددا».

و علی کل حال فیشترط زیاده علی ذلک التقابض من کل منهما فی المجلس فلو افترقا قبل التقابض بطل الصرف علی الأشهر بل المشهور نقلا و تحصیلا. شهره عظیمه کادت تکون إجماعا. و لذا قال فی الریاض: «ان علیه من تقدم و تأخر عدا من شذ و ندر، و فی المسالک و عن غیرها أن الأصحاب کلهم علی خلاف ابن بابویه، فربما کان الشرط إجماعا بل کأنه لم یعتد بخلافه الفاضل فی التحریر فقال: «هو شرط بلا خلاف».

و فی الغنیه الإجماع علیه بل ظاهره إجماع المسلمین حیث نفی الخلاف منا و منهم. و فی محکی السرائر لا خلاف فی هذا الشرط و فی البطلان بدونه. و کشف الرموز

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف- الحدیث ۷.

۲- ۲ من لا یحضره الفقیه ج ۳ ص ۱۴۱ الحدیث ۶۰.

الإجماع على البطلان كذلك و أن المخالف الصدوق. و إيضاح النافع خلاف ابن بابويه متروك، و رواياته ضعيفه. و فى التنقيح روايات البطلان كثيره، و عليها انعقد عمل الأصحاب. و فى الدروس رواياته متروكه.

فمن الغريب ميل بعض متأخرى المتأخرين إليه بعد ذلك كله، مضافا الى النصوص المستفيضه المنجبر ما يحتاج منها بما سمعت، منها-

قول أبى جعفر (عليه السلام)(۱)فى خبر محمد بن قيس «قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يبتاع رجل فضه بذهب الا يدا بيد، و لا يبتاع ذهبا بفضه إلا يدا بيد»

و منها-

قول الصادق عليه السلام فى صحيح منصور(۲)«إذا اشتريت ذهبا بفضه، أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه؛ و ان نزى حائطا فانز معه»

و

منها- خبر حريز عن محمد(۳)«قال: سألته عن الرجل يبتاع الذهب بالفضه مثلا بمثلين قال؛ لا بأس يدا بيد».

و منها-

خبر الجبلى (۴)«قال: سألته عن الرجل يشترى من الرجل الدراهم بالدنانير فيزنها و ينقدها و

يحسب ثمنها كم هو دينارا، ثم يقول: أرسل غلامک معى حتى أعطيه الدنانير؟ فقال: ما أحب أن يفارقه حتى يأخذ الدنانير، فقلت انما هم فى دار واحده و أمكنتهم قريبه بعضها من بعض، و هذا يشق عليهم؛ فقال: إذا فرغ من وزنها و انتقادها فليأمر الغلام الذى يرسله أن يكون هو الذى يبايعه، و يدفع اليه الورق و يقبض منه الدنانير حيث يدفع اليه الورق»

بل لا ينكر ظهور غيرها من النصوص أو- إشعارها فى المطلوب، و بها يخرج عن أصل الصحه و عمومها.

و المناقشه فى سند بعضها أو دلاله متنه على ذلک غير مسموعه، سيما بعد الاعتضاد و الانجبار بما عرفت، كالمناقشه بعدم دلالتها على الشرطيه، و أن المراد من اليد باليد فيها عدم النسيئه، مع أنها لا تنافى إراده القبض مع ذلک، و الدليل غير منحصر فيها مضافا الى ظهور نحو هذه الا و أمر و النواهى فى غير المقام فى إراده الإرشاد إلا ما يقتضى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحديث ۸.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الصرف الحديث ٧.

٤- ۴ الوسائل الباب- ٢- من أبواب الصرف الحديث ١.

الصحه و الفساد، لا أن المراد الإثم خاصه.

نعم ارادته هنا معه للنصوص و الآيه كما عن الشيخ و ابن إدريس و الفاضل فى التذكره، بل قيل: انه جزم فيها بوجوب الوفاء به أى التقابض، و الإثم بتركه اختيارا و جعله بمنزله الربا حتى أوجب عليهما التفاسخ قبل التفرق، لو تعذر عليهما التقابض؛ و جعل تفرقهما قبله بمنزله بيع الربوى نسيئه، فإن بطلانه لا يغنى عن الإثم به، قيل و هو ظاهر الدروس حيث حكم بوجوب التقابض قبل التفرق.

و فيه أن الوجوب فى نحو المقام قد يراد به الوجوب الشرطى مجازا بل عدم تعرض الأكثر للتحريم هنا كما اعترف به فى المسالك يومى الى إراده ذلك من النصوص أيضا من غير ضم الشرعى معه و هو قوى، و ان كان الأول أحوط، و ينبغى مراعاه التقايل حينئذ قبل التفرق، لو تعذر التقابض، بناء على مشروعيه التقايل فى نحو ذلك كما هو الظاهر.

و على كل حال فما عن الصدوق من أنه لا يشترط التقابض فى المجلس، و حكاه الشهيد فى الحواشى عن البشرى، كما أنه حكى فيها أيضا قولا بالتفصيل بين بيع الجنس بجنسه فيشترط، و بين بيع أحدهما بالاخر فلا يشترط، و النصوص السابقه و الفتاوى على خلافه، بل و على خلاف الصدوق أيضا كما عرفت، و ان كان يشهد له اخبار الساباطى الأربعه(۱)عن الصادق عليه السلام المتضمنه لنفى البأس عن بيع الدراهم بالدنانير نسيئه و عن سلف الدنانير بالدراهم ك

خبر زراره(۲)عن أبى جعفر عليه السلام الذى فى طريقه على بن حديد «لا بأس أن يبيع الرجل الدينار نسيئه بمأه و أقل و أكثر»

و مكاتبه محمد بن عمر(۳)الا أن الجميع قاصره عن الأدله السابقه من وجوه، خصوصا مع عدم صراحه بعضها، فالأولى طرحها كما فى الدروس، أو تأويلها بل الظاهر من النص و الفتوى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحديث- ۱۰- ۱۱- ۱۲- ۱۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحديث- ۱۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحديث- ۱۵.

و الفتوى منع النسيئه فى الأثمان و لو فرضت على وجه لا تنافى التقابض فى المجلس، كما إذا كان الأجل قصيرا جدا، بل فى خبر عبد الرحمن (۱)«أن الناس لم يختلفوا فى النسى ء (أى فى بيع الأثمان): أنه الربا».

و على كل حال فظاهر ما سمعته من الفتاوى و معاقد الشهرات و الإجماعات كون التقابض قبل الافتراق شرطا فى الصحه؛ فقبله لا صحه فلا انتقال، و فى خبر محمد بن قيس (۲)السابق دلاله عليه، بل و فى خبر الجبلى (۳)و به يخرج حينئذ عن قاعده اقتضاء العقد الملك، المعتضده بأصاله عدم شرط آخر، بل و عن ما ادعى فى غير المقام من الإجماع على عدم اعتبار أزيد من القبض فى الملك، ردا على القائل بتوقفه على انقضاء الخيار، إذ قد عرفت من الأدله السابقه اعتبار التقابض منهما معافيه، فلا يكفى قبض أحدهما بل هو حينئذ فى يده كالأمانه قبل قبض الأخر، بل ان لم نجعله كالمقبوض بالسوم؛ أمكن عدم ضمانه بالتلف بغير تفريط.

نعم قد يقال بحصول الملك به لو قبض الأخر بعده من حين القبض الأول؛ بل و ان تلف من يده، مع أنه لا يخلو من نظر و بحث، ضروره إمكان القول بحصول الملك فى العوضين معا عند حصول القبض المتأخر الذى هو شرط لتأثير السبب، بل به يتحقق التقابض فلا يجدى القبض السابق، و عليه يتجه حينئذ بطلان الصرف لو تلف المقبوض قبل القبض الأخر؛ بحيث خرج عن صلاحيه الملك، فضلا عن تلف غير المقبوض.

اللهم الا أن يقال بصحته؛ بناء على كونه مضمونا مطلقا أو حيث يكون بأن أتلفه بتفريط على معنى انتقال الصرف حينئذ إلى بدل التالف و لكن فيه تأمل أيضا.

و كيف كان فاحتمال أن التقابض شرط لتأثير العقد الملك، فحصوله حينئذ يكشف عن حصوله من أول العقد، و عدمه كذلك كاحتمال عدم مدخليه التقابض فى ذلك، و أن العقد أثر ما يقتضيه من الملك، الا أنه يبطله الافتراق قبل التقابض إذ هو حينئذ كالفسخ بالخيار

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب الصرف الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحديث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحديث- ۱.

أو الإقاله، مخالف لظاهر الفتاوى و بعض النصوص السابقه، و ان كان الثانى منهما موافقا للقواعد فى الجمله بل هو صريح المقداد فيما تسمعه، بل هو لا ينافى بعض النصوص السابقه.

كما أن الأول منهما يمكن تنزيل الشرطيه فى عبارات الأصحاب عليه، ضروره توقف تأثير العقد على حصوله، فهو شرط لتأثيره ينعدم بانعدامه و يوجد بوجوده، الا أن كيفيه الوجود بالوجود و هو جعل العقد مؤثرا من أول وقوعه نحو ما قلناه فى إجازه الفضولى بناء على الكشف، بل لعل ذلك جار فى جميع الشروط المتأخره عن مشروطها، لكن لما لم يكن مقتض له، بل هو مناف لما تسمعه منهم من بطلان الشراء بثمن الصرف مثلا و ان قبضه بعد ذلك فى المجلس كان المتجه إبقاء عبارات الأصحاب على ظاهرها، من توقف حصول الملك عليه و أنه يحصل حال حصوله تماما لا قبله، و ليس هو من الشرائط المتأخره عن زمان وصف الصحه كغسل المستحاضه بعد تمام الصيام، حتى يلتزم كونه كاشفا، ضروره إمكان توقف الصحه عليه الى زمن حصوله هنا بخلافه هناك إذ لا دليل على تسبيب العقد الصحه على كل حال.

نعم هناك ظواهر يمكن تقييدها بدليل المقام من غير حاجه الى ذلك التكليف التام، و دعوى أن ذلك أولى باعتبار عدم تقييد تلك الأدله على القول بالكشف كما ترى.

و لو قبض البعض خاصه قبل التفرق صح فيما قبض حسب و بطل فى غيره بلا خلاف فيهما لحصول مقتضى الصحه من العموم و غيره فى الأول، و مقتضى البطلان من التفرق قبل التقابض فى الثانى، و أما

صحيح الحلبى (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «عن الرجل يبتاع من رجل بدينار فيؤخذ بنصفه بيعا و بنصفه ورقا قال: لا بأس، فسألته هل يصلح أن يأخذ بنصفه و رقا أو بيعا و يترك نصفه حتى يأتى بعد فيأخذ منه ورقا أو بيعا، قال: ما أحب أن أترك شيئا حتى آخذه جميعا فلا تفعله».

۱- ۱ الوسائل الباب ۲- من أبواب الصرف الحديث- ۹.

فلا دلاله فيه على المنع أولا، و يحتمل انصرافه إلى صحه المجموع من حيث المجموع و لا كلام فيه ثانيا، بل قد يحتمل خروجه عن أصل ما نحن فيه ثالثا، و على كل حال يتخران معا فى إجازه ما صح فيه و فسخه لتبعض الصفقه؛ إذا لم يكن من أحدهما تفريط فى تأخير القبض، و لو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما، و لو اختص به أحدهما سقط خياره خاصه كما هو واضح.

و لو فارقا المجلس مصطحبين قبل أن يتقابضا لم يبطل الصرف بلا خلاف للأصل بعد ظهور النصوص، خصوصا

قوله «و ان نزى حائطا فانز معه»

فى أن المعتبر التقابض قبل التفرق، و من هنا كان التعبير به أجود من المجلس الموهم خلاف ظاهره، و قد تقدم فى خيار المجلس تحقيق أقل ما يتحقق به الافتراق من الخطوه، كما أنه تقدم هناك كثير مما له تقع فى المقام، الا ان الظاهر عدم اعتبار الاختيار فيه هنا، و ان كان معتبر هناك، فلو أكرها على التفرق مثلا أمكن القول بالبطلان هنا، بخلافه هناك، لاختلاف المدرك فلاحظ و تأمل.

و لو وكل أحدهما غيره فى القبض عنه، فقبض الوكيل قبل تفرقهما اى المتعاقدين صح و لو قبض بعده بطل و كذا لو وكلا معا على القبض عنهما، و لا اعتبار بمفارقه الوكيل لهما أو لأحدهما، و لو وكلا أو أحدهما على الصرف خاصه أو مع القبض، فالمعتبر المفارقه بين من وقع العقد معه، لان الضابط كما فى الجامع المقاصد و المسالك و الروضه و الرياض التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكين أو وكيلين.

لكن قد يشكل بمنع دلاله النصوص على البطلان بتفرق الوكيلين ان قبض الا لكان فى ذلك المجلس، بل يصدق على بايع الذهب بالفضه إذا قبض بعد تفرق الوكيلين أنه ما باعه الا يدا بيد، على أن ذلك يقضى بعدم البطلان مطلقا لو كان الوكيل على العقد متحدا عنهما، لعدم تصور الافتراق فيه و التزامه كما ترى، ضروره صدق بيعه حينئذ لا يدا بيد، فلعل اناطه الحكم بذلك أولى ان لم ينعقد إجماع بخلافه، بل قد يدعى صدق اليد باليد لو تعاقدا مثلا و أرسل أحدهما وكيله مع الأخر فتقابضا قبل التفرق ف

فى

خبر البصرى (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن بیع الذهب بالدراهم، فیقول أرسل رسولا فلیستوفی لک ثمنه قال یقول هات و هلم و رسولک معه»

و لا ینافیه ما سمعته فی خبر البجلی (۲)بعد حمله علی الندب و نحوه، الا أن الجریه علی خلاف ما عند الأصحاب مما لا ینبغی، و قد عرفت أن المدار عندهم علی عدم تفرق المتعاقدین. نعم قد یقال بعدم اعتبارهما فی العاقدین فضولا أو أحدهما، و أن المدار علی عدم تفرق المجیزین بعد الإجازه حتی یتقابضا، مع أنه لا یخلو عن اشکال و الله اعلم.

و مما یتفرع علی اعتبار التقابض فی الملک ما لو اشتری منه دراهم بعقد الصرف ثم ابتاع بها منه دنانیر قبل قبض الدراهم لم یصح الثانی علی المشهور بین الأصحاب، لعدم ملک الدراهم علیه لو کانت کلیه و عدم ملک عینها لو کانت شخصیه، و ل

صحیح إسحاق بن عمار(۳)کما فی المختلف قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

الرجل یجی ء بالورق یبیعها یرید بها ورقا عندی فهو الیقین عندی أنه لیس یرید دنانیر لیس یرید الا الورق و لا یقوم حتی یأخذ ورقی، فاشتری منه الدراهم بالدنانیر، فلا تکون دنانیره عندی کامله فأستقرض له من جاری، فأعطیه کمال دنانیره، و لعلی لا أحرز وزنها فقال أ لیس یأخذ وفاء الذی له؟ قلت بلی قال: لیس به بأس»

و کأنه لما یفهم منه البأس إذا لم یقبض الدنانیر، إذ المراد أنی أستقرض به الدنانیر، ثم أشتریها منه بالورق الذی یریده؛ کما یومی الیه ما فی صدر الخبر، و یمکن أن یکون مراد السائل التوقف من جهه عدم إحراز الوزن فتخرج حینئذ عن الاستدلال.

و علی کل حال فلیس البطلان لعدم جواز الشراء بما لم یقبض قبل کیله أو وزنه کبیعه، إذ قد عرفت بعد تسلیم مساواه الشراء به لبیعه أن الأصح الجواز، و لا لانه بیع دین بدین إذا فرض کون الدنانیر کلیه فی الذمه لا معینه، ضروره عدم صدق الدینیه بعد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الصرف الحدیث- ۳- باختلاف یسیر.

اشتراط التقابض فی الملک، علی أنک ستعرف کون الممنوع بیع الدین قبل البیع به کذلک، لا ما کانا أو أحدهما بعقد البیع، و من ذلک کله یظهر لک ما فی المحکی عن السرائر فإنه

بعد أن ذکر ما فی النهایه إذا باع الإنسان دراهم بدنانیر لم یجزه أن یأخذ بالدنانیر دراهم مثلها الا بعد أن یقبض الدنانیر، ثم یشتری بها دراهم إنشاء، قال «ان لم یتفارقا من المجلس الا بعد قبض الدراهم المبتاعه بالدنانیر التی علی المشتری الأول فلا بأس بذلک و ان لم یکن قبضه الدنانیر التی هی ثمن الدراهم الأول المبتاعه، هذا إذا عینا الدراهم الأخیره المبتاعه، فان لم یعیناها فلا یجوز ذلک، لانه یکون بیع دین بدین، و ان عیناها لم یصر بیع دین بدین، بل یصیر بیع دین بعین، کما أن منه یظهر ما فی المسالک تبعا لغیره من أنه ینبغی القول بالصحه مطلقا فی مفروض المتن إذا تقابضا قبل التفرق، و غایه ما یحصل فی البیع أن یکون فضولیا فإذا لحقه القبض صح، و سیأتی أن بیع الدین بالدین علی هذا الوجه غیر ممتنع، إذ فیه منع جریان حکم الفضولی علیه بعد القول بأن الملک من حین القبض کمنعه فیما لو باع مال غیره ثم انتقل الیه.

و أغرب من ذلک کله ما فی التنقیح من أن لنا أن نقول: ان بطلان البیع بالتفرق قبل التقابض لا یستلزم عدم تملک المشتری، لجواز تملکه ملکا متزلزلا کالمبیع فی زمن الخیار، فان قبض لزم و الا بطل، و إذا ملک صح البیع الثانی لانه اشتری بثمن مملوک و صح البیع الأول أیضا، لأنه و ان لم یقبض الدراهم لکن قبض عوضها و هو الدنانیر، و قبض العوض کقبض المعوض، إذ هو کما تری مع مخالفته لما قدمناه من أن القبض شرط للملک، لا أن الافتراق مانع فیه نظر من وجه آخر لا یخفی، فالتحقیق ما ذکرناه و هو الموافق لإطلاق المشهور البطلان و منه یعلم أنه لو افترقا فی مفروض المسأله قبل التقابض بطل العقدان معا لانتفاء الشرط فیهما حینئذ کما هو واضح و الله اعلم.

و لو کان له علیه دراهم فاشتری بها منه دنانیر صح و ان لم یتقابضا، و کذا لو کان له دنانیر؛ فاشتری بها دراهم ل ما فی الصحیح الاتی (۱)من أن النقدین من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب الصرف الحدیث ۱- ۲.

واحد فأشبه التقابض. و لأصاله عدم اشتراطه فی نحو المقام بعد

صحیح إسحاق بن عمار(۱)الذی رواه المشایخ الثلاثه، و عمل به الأصحاب فی الجمله قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام: یکون للرجل عندی الدراهم الوضح فیلقانی و یقول لی کیف سعر الوضح الیوم فأقول له: کذا و کذا فیقول: أ لیس لی عندک کذا و کذا ألف درهم وضح فأقول: نعم فیقول: حولها الی دنانیر بهذا السعر و أثبتها لی عندک فما تری فی هذا؟ فقال:

إذا کنت قد استقصیت له السعر یومئذ فلا بأس بذلک، فقلت: انی لم أوازنه و لم أناقده؛ انما کان کلاما منی و منه فقال لی: أ لیس

الدراهم و الدنانیر من عندک؟ فقلت: بلی فقال: لا بأس بذلک»

و

موثق عبید بن زراره أو صحیحه (۲)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون لی عنده دراهم فآتیه فأقول له حولها دنانیر من غیر ان اقبض شیئا قال: لا بأس به قلت و یکون لی عنده دنانیر فآتیه فأقول له: حولها لی دراهم و أثبتها عندک و لم أبقض منه شیئا قال: لا بأس».

و تنزیلها عی إراده التوکیل فی القبض أو فیه و و فی البیع و أن ما فی الذمه له و علیه مقبوض، اجتهاد فی مقابله النص الذی یأباه من وجوه، علی أن من الواضح منع کون ما علیه لغیره فی ذمته مقبوض له و ان وکله فیه، بحیث یجری علیه حکم المقبوض، و الا- لجاز بیع الذهب المشخص مثلا بذهب فی ذمته علی أن یکون المشتری وکیلا فی قبضه و معنی قبضه له حینئذ رضاه ببقائه فی ذمته.

و أفضح من ذلک دعوی أن المراد من الخبر التوکیل، و أنه قد وقع منه القبض الحسی و أثبتها، مع ان صریح الخبر عدم وقوع غیر الکلام، و بالجمله قد أطنبوا فی المقام بلا- مقتض، کما أنه لا- ینبغی العمل بالخبر علی معنی حصول التحول بمجرد الأمر بالتحویل، و ان أوهمه ظاهر بعض العبارات، بل المراد منه حصول المعامله منهما بذلک، و ان کان بعنوان المعاطاه؛ بناء علی کونها من البیع، و عدم اشتراط التقابض هنا، بل یکفی قبض فی ما ذمته له، و بقاء الأخر فی ذمته، و حیث کانا

معا عنده صار کالتقابض، و لولا فهم الأصحاب أمکن تنزیل الخبر علی معاطات الصلح و ان کان فی الخبر

۱- ۱ الوسائل الباب، ۴، من أبواب الصرف الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب، ۴، من أبواب الصرف الحدیث ۲.

منافاه ماله و الله اعلم.

و من ذلـک یعلم أنه لاـ وجه لبنـاء الخبرین علی مقـدمات کثیره لاـ یخلو جمله منها من نظر و تأمل، بل قـد افتی بالخبرین من لا یقول ببعض تلـک المقـدمات کما لا یخفی، فا التحقیق ما ذکرنا کما أومی إلیه فی المختلف و کاد یکون صـریح المتن کما هو صریـح غیره أیضـا، و منـه یظهر لـک النظر فی کلاـم کـثیر من المصـنفین فلاحـظ و تأمـل جیـدا و الله اعلم. هـذا کله فی اعتبـار التقابض؛ و قد ظهر لک أنه متی حصل الافتراق قبله بطل إلا فی مسأله التحویل.

أمـا لو تفرقـا قبـل الوزن و النقـد، ففی القواعـد «صـح مع اشـتمال المقبوض علی الحق» و نحوه ما فی الـدروس «لو تقابضا جزافا فیزنان فی موضع آخر جاز الافتراق» و نحو ذلک أیضا عن النهایه و التذکره، و

قال حنان بن سدیر(۱)قلت لأبی عبد الله علیه السـلام: «انه یأتینی الرجل و معه الدراهـم، فأشتریها منه بالدنانیر، ثم أعطیه کیسا فیه دنـانیر أکثر من دراهمه؛ فأقول: لک من هـذه الـدنانیر کـذا و کـذا دنانیر أکثر من دراهمک فیقبض الکیس منی ثم یرده علی و یقول: أثبتها لی عندک؛ فقال: ان کان فی الکیس وفاء بثمن دراهمه فلا بأس».

قلت: و قـد یسـتفاد ممـا هنا عـدم اشتراط الوزن فی تحقق اسم القبض إذ احتمال الفرق بین قبض الصـرف و غیره مخالف لظاهر الفتاوی، و لا فرق فی موضوع المسأله بین کون المبیع أو الثمن کلیا، ثم یـدفع له فی المجلس ما یزید علی حقه و ان لم یحصـل الوزن و النقـد، و بین الشخصـی إذا کـان قـد أخبره بـالوزن فـاشتراه من غیر اعتبـار ثم أراد اعتبـاره بعـد ذلـک، و الحاصل أنه لا مدخلیه للوزن فی تحقق القبض کما عرفت.

(و) کیف کـان ف لاـ یجوز التفاضل فی الجنس الواحـد و لو تقابضا إجماعا (و) نصا للربا کما أنه یجوز فی الجنسـین إجماعا و نصا لعدمه و یسـتوی فی وجوب التماثل المصوغ و المکسور و جید الجوهر و ردیه بلا خلاف و لا اشکال، لصدق اتحاد الجنس فیه، نعم لو شرطت الصیاغه مثلا کان زیاده.

۱- ۱ الوسائل الباب ۵، من أبواب الصرف الحدیث ۱.

و إذا كان فی الفضه مثلا غش غیر متسامح فیه مجهول قدره تفصیلا و إجمالا لم تبع الا بالذهب أو بجنس غیر الفضه الخالصه لعدم الربا حینئذ لاختلاف الجنسین، أما فیها فلا، لعدم العلم بمقدار ما فیه منها کی یتخلص من الربا الذی شرط عدمه فی المتجانسین المساواه؛ فالشک فیها شک فی الجواز، و کذا لا یجوز بیعه بجنس ما فیه من الغش خاصه إذا کان ربویا لعین ما سمعته فی الفضه، أما بیعها بالفضه المغشوشه، فلا ریب فی الجواز لانصراف کل جنس الی ما یخالفه.

و کذا الحال فی الذهب المغشوش و

فی صحیح بن سنان (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن شراء الفضه فیه الرصاص بالورق، و هی إذا أذیبت نقصت من کل عشره، درهمین أو ثلاثه، فقال: لا یصلح الا بالذهب».

نعم الظاهر أن هذا الحصر بناء علی الغالب من عدم بیع المغشوش بمثله من الخالص فضلا عما زاد، و الا لو فرض ذلک جاز و ان جهل؛ لعدم الربا حینئذ، ضروره مقابله ما فیه من الفضه بمثلها کائنا ما کان، و صرف الزائد إلی الغش کما أنه لو علم ما فیها من الغش و لو علی الإجمال بأن لا یزید علی الثلث مثلا جاز بیعها بما یزید علی الثلثین من الخالص زیاده تصلح لمقابله الغش و لو علم مقدار الفضه علی التفصیل جاز بیعه بمقداره من جنسه مع زیاده منه أو من غیره تصلح لان تقابل الغش کما تقدم تحقیق المسأله فی الربا و ذکرها فی المقام من حیث تعلقها بالصرف، بناء علی ما عرفت سابقا و تعرف لا حقا فی بیع السیوف المحلاه إن ضمیمه غیر الجنس لدفع الربا لا الصرف، فلا بد من التقابض حینئذ؛ لکن ینبغی أن یعلم أنه یکفی فی الصحه حصول الشرط فی الواقع، فلو فرض صدور البیع حال الجهل بقدر المقابل فاتفق کونه واقعا علی وجه لا ربا فیه صح، لتناول عموم الأدله له، و لا دلیل علی اشتراط الإحراز سابقا کالمعلومیه فی البیع.

و حینئذ فالمتجه الاختبار فیما لو وقع مثل ذلک، فلا یحکم بالصحه و لا بالفساد الا بعد

تبین الحال؛ و لعل إطلاق الأصحاب عدم الجواز یراد به عدمه لو أرید البیع به من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الصرف الحدیث ۱ باختلاف یسیر.

غير مراعاه كغيره من الافراد، أما إذا تعذر الاختبار مثلا، فيمكن الرجوع الى أصاله عدم ترتب الأثر و النقل و نحوهما من الأصول بعد عدم ما يدل على أحد الأمرين، و ان كان كل منهما مشروطا بشرط وجودى و هو التفاضل و التساوى مثلا، و يمكن القول ببقاء العوضين على الاشتباه حتى يتحقق الحال، و لو للمقدمه باعتبار التكليف بما لا يتم الا بالتوقف فى الفرد المخصوص من بيع المتجانسين حتى يعلم الحال، و المسأله مشكله، و لكن ظاهر الأصحاب فى المقام و غيره معامله المفروض نحو معامله الفاسد فى الظاهر، و تمام التحقيق محتاج إلى اطناب تام فتأمل جيدا و الله العالم.

و لا يباع تراب معدن الفضه بالفضه خاصه و لا بترابه أيضا احتياطا عن الوقوع فى الربا لعدم العلم بالمساواه و يباع بالذهب و بغيره لاختلاف الجنس و كذا تراب معدن الذهب و لا يباع بالذهب و لا بترابه احتياطا و يباع بالفضه مثلا لاختلاف الجنس فلا ربا؛ و ان تحقق الصرف باعتبار وجود الأجزاء الذهبيه و الفضيه فى التراب لا أنه مستحيل بالعمل و الا لم يكن لذكرها فى الصرف وجه و ان جرى عليها حكم الربا على هذا التقدير أيضا، لما عرفت سابقا من أن الفرع و الأصل جنس و، لو علمت زياده فى الثمن عما فى التراب من جنسه لم يصح هنا و ان صح فى المغشوش، بناء على أن التراب لا قيمه له لتصلح فى مقابله الزائد و حينئذ فإن علمت المساواه جاز، و التراب كعدمه فما عساه يتخيل من جواز بيع التراب بالتراب لأنهما جنس واحد و لا يقدح عدم العلم بما يحصل منهما إذ هو كبيع اللحم باللحم المشتملين على العظام لا يخلو من ضعف.

و لو مزج الترابان أو جمعا فى صفقه جاز بيعهما بالذهب و الفضه معا لانصراف كل جنس الى ما يخالفه و بالذهب وحده مع زياده تقابل الفضه و بالعكس كذلك لعدم الربا فى ذلك كله كما هو واضح، و

قال أبو عبد الله مولى عبد ربه (۱)«سألت الصادق (ع) عن الجوهر الذى يخرج من المعدن و فيه ذهب و فضه و صفر جميعا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الصرف الحديث ۵.

کیف نشتریه فقال تشتریه بالذهب و الفضه جمیعا»

و کذا یجوز بیع جوهر الرصاص و الصفر بالذهب و الفضه و ان کان فیه أی الرصاص و الصفر یسیر من الفضه أو الذهب بلا خلاف لان الغالب علیه اسم غیرهما فلا یصدق بیع المجانس بمثله و لا بیع الأثمان بمثلها فلا یجری علیه حکم الربا و ان لم یعلم زیاده الثمن عن ذلک الیسیر و لا حکم الصرف.

قال: معاویه(۱)و غیره «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن جوهر الأسرب و هو إذا خلص کان فیه، فضه، أ یصلح أن یسلم الرجل فیه الدراهم المسماه؟ فقال: إذا کان الغالب علیه اسم الأسرب فلا بأس بذلک یعنی لا یعرف لا بالأسرب»

و

فی خبر البجلی (۲)عنه أیضا «فی الأسرب یشتری بالفضه؟ فقال: إذا کان الغالب علیه الأسرب فلا بأس».

و قد ظهر منها أن المدار علی غلبه الاسم حقیقه، فلا یجزی غیره حتی التسامح للقله و نحوها و هو کذلک، قال فی المسالک: «ان مجرد الأغلبیه غیر کاف فی جواز البیع بذلک النقد کیف اتفق، حتی لو کان الخلیط عشرا یمکن تمییزه لم یجز بیعه بجنسه الا مع زیاده الثمن علیه بحیث یقابل الأخر».

نعم قد یظهر من بعضهم أنه إذا کان تابعا غیر مقصود لم یمنع من البیع بجنسه، کالذی یزین به السقف و الجدران و المصاحف، مع أنه قد یناقش فیه بعدم مدخلیه القصد فی ذلک و جواز نحو ذلک مما ذکره لخروج النقد فیها عن الموزونیه فتأمل جیدا و الله أعلم.

و یجوز إخراج الدراهم المغشوشه و الدنانیر بالشراء بها و غیره من أنواع التصرفات مع جهاله أصل الغش أو قدره إذا کانت معلومه المصرف بین الناس بلا خلاف بل یمکن تحصیل الإجماع علیه، فضلا عن محکیه، للسیره القطعیه بعد الأصل و

قال حریز(۳)«کنت عند أبی عبد الله علیه السلام فدخل علیه قوم من أهل سجستان فسألوه عن الدراهم المحمول علیها فقال: لا بأس إذا کان جواز المصر»

و

البقباق (۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الدراهم المحمول علیها فقال: إذا أنفقت ما یجوز

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الصرف الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الصرف الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحدیث- ۱۰.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۹.

بین أهل المدینه أو البلد فلا بأس و ان أنفقت ما لا یجوز بین أهل المدینه فلا».

و

محمد بن مسلم (۱)«جاء رجل من أهل سجستان لأبی جعفر علیه السلام فقال له: ان عندنا دراهم یقال لها الشاهیه تحمل علی الدراهم دانقین؟ فقال لا بأس به إذا کان یجوز بین الناس»

و علیه یحمل إطلاق

خبره الآخر(۲)«سألته عن الدراهم المحمول علیها فقال لا بأس»

بل و

خبر عمر بن یزید(۳)«عن أبی عبد الله علیه السلام فی إنفاق الدراهم المحمول علیها فقال:

إذا کان الغالب الفضه فلا بأس بإنفاقها»

المبین ب

خبره الآخر(۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن إنفاق الدراهم المحمول علیها؟ فقال: إذا جازت الفضه الثلثین فلا بأس»

علی معنی أن الجائز بین الناس فی ذلک الوقت ما کانت کذلک و ان کانت مجهوله الصرف و کان غشها مما لا یتسامح به لم یجز إنفاقها إلا بعد ابانه حالها بلا خلاف بل یمکن تحصیل الإجماع علیه فضلا عن محکیه لما فیه من الغش المحرم نصا و إجماعا و علیه یحمل

خبر المفضل بن عمر الجعفی (۵)«قال: کنت عند أبی عبد الله علیه السلام، فألقی بین یدیه الدراهم فألقی إلی درهما منها فقال: أیش هذا؟ فقلت: ستوق فقال: و ما الستوق؟ فقلت: طبقتین فضه و طبقه من نحاس و طبقه من فضه فقال: اکسر هذا فإنه لا یحل بیع هذا و لا إنفاقه»

و

مکاتبه جعفر بن عیسی (۶)الی أبی الحسن علیه السلام «ما تقول جعلت فداک فی الدراهم أعلم أنها لا تجوز بین المسلمین إلا بوضیعه تصیر الی من بعضهم بغیر وضیعه لجهلی به؛ و انما

آخذه علی أنه جید أ یجوز لی أن آخذه و أخرجه من یدی علی نحو ما صار الی من قبلهم؟ فکتب علیه السلام لا یحل ذلک».

بشهاده

ما رواه ابن أبى عمير عن ابن رئاب (۷)«قال: لا أعلمه إلا عن محمد بن مسلم قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: عن الرجل يعمل الدراهم يحمل عليها النحاس أو غيره ثم يبيعها، فقال: إذا كان بين ذلك فلا بأس»

و غيره و الظاهر الاكتفاء بالاخبار بأن فيه غشا من غير حاجه الى بيان قدره إلا إذا توقف عليه التخلص من الربا، كما أن الظاهر عدم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۳ فيه: إذا جازت الفضه المثلين.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۵.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۸.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۲.

وجوب الكسر و ان نص عليه فى الخبر السابق (۱)الا أنى لم أجد من أفتى به بل الفتاوى و باقى النصوص على خلافه، و فى جواز دفع الظلمه بالدراهم المغشوشه وجهان أقواهما الجواز و أحوطهما خلافه و الله أعلم.

[مسائل عشر]

اشاره

مسائل عشر

[المسأله الأولى الدراهم و الدنانير يتعينان]

الأولى: الدراهم و الدنانير عندنا معاشر الإماميه كغيرها يتعينان بالتعيين فى العقد

فلو اشترى شيئا بدراهم أو دنانير معينه لم يجز له دفع غيرهما و لو تساوت الأوصاف خلافا لأبى حنيفه فلا تتعين بالتعيين، و هو مخالف للأدله الأربعه كما هو واضح، و حينئذ فإن تلف قبل القبض انفسخ البيع و لم يكن له دفع عوضها، و ان ساواه مطلقا؛ و لا للبائع طلبه، و ان وجد البائع بها عيبا ففى المسالك لم يستبد لها، بل اما أن يرضى بها أو يفسخ العقد قلت: أو يأخذ الأرش إذا كان فى المجلس حيث يكون المبيع حينئذ من الأثمان أيضا، و لا يستلزم الربا بل و ان استلزم على وجه تقدم سابقا.

[المسأله الثانيه إذا اشترى دراهم بمثلها معينه فوجد ما صار اليه من غير جنس الدراهم كان البيع باطلا]

المسأله الثانيه: إذا اشترى دراهم بمثلها معينه فوجد جميع ما صار اليه من غير جنس الدراهم بل هى رصاص و نحوه كان البيع باطلا بلا خلاف و لا اشكال و كذا فى غير الصرف ف لو باعه ثوبا مثلا كتانا فبان صوفا (۱۱) بطل البيع لتخلف القصد عما وقع عليه العقد و لا ابدال هنا و لا أرش لوقوعه على عين مشخصه، فلا يتناول غيرها، و عدم وقوع الصحيح و المعيب على هذه العين. و تخيل تغليب الإشاره هنا على الاسم باطل، ضروره اراده مسمى الاسم منها.

و لو كان (۱۲) قد وجد البعض (۱۳) مما صار اليه من غير الجنس بطل فيه حسب (۱۴) دون الجيد بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك الا ما ستسمعه لوجود مقتضى الصحه فيه بخلافه و لا مانع من التبعيض فى متعلق العقد كما فى غير المقام.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب الصرف الحديث- ۵.

و لكن له بل و للبائع أيضا مع الجهل بالعيب رد الكل لتبعض الصفقه و له أخذ الجيد خاصه بحصته من الثمن و قد ظهر لك مما تقدم أنه ليس له الرضا به، لما عرفت من بطلان العقد فيه و ليس له المطالبه بدله لعدم تناول العقد له و لا بالأرش و كذا لو اشترى بالدراهم و دنانير أو غيرها، ضروره اتحاد الجميع فيما عرفت مما هو معلوم من القواعد المقرره فى غير المقام، لكن عن الخلاف و السرائر أنه إذا باعه دراهم بدراهم، و كان البعض عن غير الجنس كان البيع باطلا، و قد يريدان فى خصوص البعض، و فى اللمعه «لو ظهر عيب فى المعين من غير جنسه بطل فيه، فان كان بإزائه مجانسه، بطل البيع من أصله كدراهم بدراهم، و ان كان مخالفا صح فى السليم و ما قابله، و ظاهره الفرق بين المجانس و المخالف، و ربما وجه باستلزام الربا فيه دونه، و ذلك لانه لو ظهر درهم من مأه درهم نحاسا كشف عن وقوع البيع على ماءه بتسعه و تسعين درهما، لان وجود الدرهم المعيب كعدمه، بل قيل انه لو لا أن مراده ذلك لم يبق فرق بينه و بين قوله، و ان كان مخالفا، بل كان فى العباره تكرار، و اشتراط من غير فائده.

و فيه أنه بعد أن قوبل صوره بالثمن خصه منه مقدار ما يساويه، فلا ربا حينئذ فى غيره، و تنزيله منزله العدم بالنسبه إلى قصد كونه مبيعا لا بالنسبه إلى المقابله، و يمكن أن يريد الشهيد و ان كان بعيدا بل لا يخلو من نظر بالمجانس هنا المعيب أيضا، فإنه لا إشكال فى البطلان حينئذ و المخالف غير السليم فلا يكون مخالفا و لم يفسرها فى الروضه بما يصلح وجها للتفصيل فلاحظ و تأمل.

و أما لو كان الجنس واحدا و به عيب كخشونه الجوهر أو اضطراب السكه كان له رد الجميع أو إمساكه، و ليس له رد المعيب وحده لو فرض أن المعيب البعض لتبعيض الصفقه، و فيه البحث السابق بل عن الشيخ و ابن حمزه و الفاضل التصريح هنا بأن له ذلك و ان كان ظاهر هم فى بحث العيب الإجماع على عدمه و لم يظهر وجه للفرق فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و لا ابدا له لان العقد لم يتناوله كما عرفت و لا أرش فى مفروض المتن للربا به

بنـاء على تحققه بمثله، و لو تخالفـا كان له الأرش فى المجلس قطعا، لوجود المقتضـى و عـدم المانع، و مع مفارقته ليس له أخذ الأرش من النقدين، بلا خلاف ممن تعرض له، كالفاضل و الشهيدين و غيرهم لكونه حينئذ من الصرف؛ و قد فرض الافتراق.

أما من غيرهما فقد صـرح الفاضل فى التحرير و الشـهيدان فى الدروس و المسالك بجوازه، لعدم كونه صـرفا بل هو كالمعاوضه بغير الأثمان، فيكون جمله العقـد بمنزله بيع و صـرف، و البيع ما أخـذ عوضه بعد التفرق، و ظاهر أولهما فى اللمعه التوقف فيه بل جزم ثانيهمـا بعـدمه فى الروضه، لأـن المعروف كون الأـرش كجزء من الثمن؛ و المعتبر فيه النقـد الغالب على أن الحقوق الماليه يرجع فيهـا الى النقـدين، فكيف ينحصـر الحق الواجب باعتبـار نقصان فى أحـدهما، فإذا اختار الأرش حينئـذ و حصل موجبه لزم النقد و اتفاقهما على غيره معاوضه على النقد الثابت فى الذمه أرشا لا نفس الأرش.

و دعوى- أن الثـابت و ان كـان هو النقـد، لكن لمـا لم يتعين الا باختياره الأرش إذ لو رد لم يكن الأرش ثابتا، كان ابتـداء تعلقه بالذمه الذى هو بمنزله المعاوضه اختياره، فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرق مراعاه للصـرف، و كما يكفى فى لزوم معاوضه الصـرف دفع نفس الأثمان قبل التفرق كذا يكفى دفع عوضها قبله، بل مطلق براءه ذمه من يطلب منه، فإذا اتفقا على جعله من غير النقدين جاز، و كانت المعاوضه كأنها واقعه به- يـدفعها أن ذلك يقتضـى جواز أخـذه فى مجلس اختياره من النقـدين أيضا و لا يقولون به، و لزومه و ان كـان موقوفـا على اختيـاره، الاـ أن سـببه العيب الثابت حاله العقـد، فقـد صـدق التفرق قبل أخـذه، و ان لم يكن مستقرا.

و من هنـا قال فى الروضه: «و الحق انا ان اعتبرنا فى ثبوت الأرش السـبب لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقا، و ان اعتبرنا حاله اختياره أو جعلناه تمام السـبب على وجه النقل، لزم جواز أخـذه فى مجلسه مطلقا، و ان جعلنا ذلك كاشـفا عن ثبوته بالعقد، لزم البطلان فيه أيضا.

و على كل حال فالمعتبر منه النقد الغالب، و ما اتفقا على أخذه أمر آخر، و الوجه

الأخير أوضـح، فيتجه مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقا، و ان رضـى بالمـدفوع لزم، و أشـكله فى جامع المقاصـد «بأن المدفوع أرشا ليس هو أحـد عوضـى الصـرف و انما هو عوض صـفه فائته فى أحد العوضـين، و يترتب اسـتحقاقها على صـحه العقد و قد حصل التقابض فى كل من العوضين، فلا مقتضى للبطلان إذ وجوب التقابض انما هو فى عوضى الصرف، لا فيما وجب بسببهما، و أجـاب عنه فى الروضه بأن الأرش و ان لم يكن أحـد العوضـين، لكنه كالجزء من الناقص منهما، و من ثم حكموا بأنه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه قيمه الصحيح الى المعيب، و التقابض الحاصل فى العوضين وقع متزلزلا، إذ يحتمل رده رأسا و أخذ أرش النقصان الـذى كتتمه العوض الناقص، فكان بمنزله بعض العوض، و التخيير بين أخذه و العفو عنه و رد البيع لا ينافى ثبوته؛ غايته التخيير بينه و بين أمر آخر فيكون ثابتا ثبوتا تخييريا بينه و بين ما ذكر».

قلت: هو و ان أجـاد بمـا حرر و أفاد، الا أن التحقيق خلافه، فيجوز أخـذ الأرش من النقـدين مع التفرق، لا لانه جزء من الثمن قد انفسـخ العقـد بالنسـبه إليه، لعـدم وصف الصـحه المقابل له فى المثمن فيصـح أخذه حينئذ فى مجلس العقد و غيره، لبقائه حينئذ على ملك المالك، و لا صرف فيه بوجه من الوجوه، إذ هو و ان أوهمه لفظ الرد و الرجوع

فى النصوص؛ بل فى بعضها(۱)«كان على عليه السلام يضع من ثمن الجاريه بقدر عيبها»

بل و بعض عبارات الأصـحاب حتى جعل فيها الخيار بالعيب من خيار تبعض الصـفقه، الا ان المعلوم من الأصـحاب خلافه، و لذا لم يعرف الخلاـف بينهم فى سـقوطه بالإسـقاط الـذى لاـ ينحـل إلى الإبراء و لا إلى الهبه، و لم يثبتوا للبائع خيارا بسـببه إذا كان جاهلا لتبعض الصفقه عليه فى الثمن، و كونه من قبله بعد فرض جهله بالعيب لا يسقطه، و لذا لم يحكموا ببطلان المعامله الربويه بوجود العيب فى أحـد العوضـين المسـتلزم على هذا التقدير الزياده فى أحدهما، و لم يجعلوا الأرش أيضا تابعا لخصوص الثمن، حتى أنه لو أراد البـائع دفعه من غير ذلـك الثمن لم يكن له باعتبـار بقاء الجزء المقابل للصـحه منه على ملك المشترى مثلا، الى غير ذلك مما لا يخفى لزومه على هذا التقدير مما هو معلوم عدمه، بل قد يمنع صدق اسم الأرش

۱- ۱ الوسائل الباب ۴- من أبواب العيوب الحديث ۱.

عليه حينئـذ، و ان كـان المتجه عليه ما عرفت، من أن له أخـذه بعـد مجلس التفرق، بل لأن الأرش غرامه استحقت شـرعا بسـبب العيب فى المبيع بالمعامله الصحيحه، فهو و ان كان ثابتا عوض ما فات من وصف الصحه الا أنها معاوضه شرعيه قهريه. لا تدخل تحت البيع حتى يجرى عليها

لصرف، ضروره عدم قصد كل من المتعاملين كون المبيع العين مثلا مع أرش العيب من الدرهم و الدرهمين مثلا فلا بيع بالنسبه إليه قطعا، فينبغى القطع بعدم جريان الصرف أما الربا لو فرض كونه فى المتجانسين فان علم من الأدله شموله لمثل ذلك جرى، و الا جاز كما سمعته سابقا منا.

و على كـل حـال فالصـرف ينبغى القطع بعـدمه و من ذلـك يعرف مـا فى قوله و الحق الى آخره، و من الغريب دعوى كونه من المعاوضه الصرفيه و ان كان البائع مخيرا بينها و بين الرد و بين العفو، و ان الاختيار أو التصرف كاشف حينئذ عن الثبوت بالعقد، و انه غير منـاف لثبوته على جهه التخيير، إذ هو كما ترى، و أغرب منه دعوى البطلان فيما قابله من الثمن بالتفرق إذ شـمول أدله الصرف لنحو ذلك من المعلوم عدمه، بل كاد يكون ضروريا.

كمـا أن دعوى عـدم تنـاول أدله أخـذ الأرش لمثـل هـذا المبيع معلوم عـدمها، فضـلا عن ترجيـح ما دل على اعتبار التقابض فى الصرف على مـا دل على ثبوت الأرش مضافا الى ما فى جامع المقاصـد «من أنه يمكن أن يقال قـد صـدق التقابض فى مجموع العوضـين المقتضى لصحه الصرف و اشتراط قبض الأرش إذا كان من النقدين ليس لكونه جزء معاوضه بل لكونه من توابعها، و من ثم لو أسـقطه مسـتحقه لم يلزم فى المعاوضه اختلال، كما لو كان النقـدان من جنس واحـد» و ان كان قد يناقش فيه بأنه بناء على دخوله فى المعاوضه لا ريب فى اعتبار قبضه فى صحته و صحه مقابله إذا كان من النقدين، و كونه عوض صفه فلا مقابل له من العوض الأـخر، يـدفعه أن أحـد العوضـين فى مقابـل الأـخير من جهه المـاليه، و لا فرق بين الجزء و الصـفه التى لها دخل فى الماليه.

نعم التحقيـق مـا ذكرنـاه من أن الأـرش غرامه شـرعيه تثبت بسـبب العيب فهو كالمعـاوضه القهريه، و لو لاـ الـدليل لم يكن ثبوته مقتضى القواعد، بل لو كان دفع الأرش ممن عليه من

الصرف باعتبار كونه نقدا فى ذمه المستحق عليه و دفعه عنه شراء له من المستحق وجب اعتبار التقابض فيه حتى فى غير الصرف، و هو معلوم العدم، و دعوى اختصاص ذلك فى المعامله الصرفيه لا شاهد لها و لو أعطيت التأمل حقه فى المقام بان لك أن كثيرا من- الكلام دخان بلا- ضرام و سفسطه بلا- حاصل، و متعبه بلا- طائل، و لعل مرجع ما ذكره المحقق الثانى الى ما قلناه فلاحظ و تأمل هذا.

و لكن فى القواعد فى المقام «أن له الأرش ما داما فى المجلس فان فارقاه فإن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه، و ان كان مخالفا صح» و فيه أنه لا فرق فى الصرف بين جنس المعيب و السليم، فاما أن يبطل فيهما معا، أو يصح كذلك، إذ ما قيل من أنه لو دفع من جنس السليم كما لو كان العوضان دينار أو عشره دراهم و كان الدينار معيبا من الجنس بما يقتضى نقصان قيمته بقدر درهم فان المبيع يكون دينار أو درهما بعشره دراهم، و قد تفرقا قبل قبض الدراهم فيبطل الصرف فيه، بعينه آت فيما لو دفع ذهبا قيمته درهم، فإنه قد تفرقا قبل قبضه، فيجب أن يبطل كالسليم؛ بخلاف ما لو دفع من غيرهما، و قد يريد كما حكاه الشهيد عن بعض تلامذه العلامه ما كان مخالفا لجنسى المعيب و الصحيح معا، فالمراد حينئذ بجنس السليم مطلق النقد فيوافق ما حكيناه عنه فى التحرير.

نعم ربما ظهر من العباره المزبوره عدم انحصار الأرش فى النقد، و أنه كلى شامل له و لغيره، و تعذر بعض أفراده بالتفرق؛ يعين الآخر و هو النقد أو أنه النقد إذا أمكن، فإن تعذر فغيره، و فيه منع واضح لما عرفت من انصراف جميع الحقوق الماليه إلى النقد، كما أن ظاهر قوله بطل فيه أنه لا يجوز دفع الأرش بعد ذلك، و يشكل بأنه إذا استحق فى ذمته عوض نقصان أحد العوضين، كيف يبطل فيما لو عينه فيما لا يجوز أخذه، و تخييره فى جهات القضاء انما هو فيما لم يمنع شرعا، بل فى جامع المقاصد لو سلم تخييره بالنسبه إليها لم يلزم البطلان، بل عدم جواز المطالبه بغيرها حتى لو تراضيا على الأداء من غير النقدين بعد التعيين فى أحدهما ينبغى القول بالجواز فتأمل جيدا و الله أعلم.

[المسأله الثالثه إذا اشترى دراهم فى الذمه بمثلها و وجد جميع ما صار اليه غير فضه قبل التفرق كان له المطالبه بالبدل]

المسأله الثالثه: إذا اشترى دراهم فى الذمه بمثلها، و وجد جميع ما صار اليه غير فضه قبل

التفرق كان له المطالبه بالبـدل قطعا لعـدم فرديه ما قبضه للكلى المبيع فهو كعدم القبض بل ليس له الرضا به عوضا عن المبيع إلا بمعاوضه جديـده غير العقـد الأول و ان كان قـد ظهر له ذلك بعد التفرق بطل الصـرف لعدم التقابض فى المجلس و لو كان قد ظهر ذلك فى البعض طالب بالبـدل قبل التفرق و بعـده بطل فيه لعدم التقابض و صح فى الباقى لوجود المقتضـى و كان له خيار تبعض الصـفقه و ان كان لم يخرج المـدفوع بالعيب عن الجنسـيه لانه اضـطراب سـكه أو خشونه جوهر أو نحوهما و فرض كون العيب المزبـور فى جميع العوض كـان مخيرا بين الرد (۱۱) لإطلاـق أدله العيب و (۱۲) بين الإمسـاك بالثمن من غير أرش (۱۳) بناء على استلزامه الربا أو لعدم ثبوته فى فرد الكلى كما ستعرف من غير فرق فى ذلك بين حالى التفرق و عدمه.

لكن قـد يفهم من جمع المصـنف بين الرد و الابـدال أن مراده من الأـول فسـخ العقـد من أصـله، بل قوله فى القواعـد «له الرد و الإمسـاك مع الأـرش مع اختلاـف الجنس، و مجانـا مع اتفـاقه، و المطالبه بالبـدل و ان تفرقا على اشـكال» أوضـح منه كقوله فى الإرشاد «له الرد و الإمساك بغير أرش، و البـدل و ان تفرقا» بل فى الوسـيله «و عن المبسوط تخييره بعد التفرق بين الرضا بالبيع و الفسـخ و الابـدال» و لعـل وجه الفسـخ أن المبيع و ان كـان كليا الا أنه تشـخص بالقبض، حتى صار كأن المبيع ذلك الشخصـى فجرى عليه حكمه إذا كان مبيعا.

و اليه أشار فى التـذكره حيث احتمل الفسـخ معللا له بأن المطلق يتعين بالتقابض الا أنه جعل الوجه قبل ذلك عـدمه الا مع تعذر تسـليم الصـحيح، قال: «لان العقد يتناول أمرا كليا» و نحوه ما فى المختلف فإنه بعد أن حكى عن الشـيخ ما سمعت قال: «ولى فيه نظر فإن لقائل أن يقول ليس له الفسـخ كما لو دفع المسـلم فيه معيبا، فان له المطالبه بالصـحيح دون الفسـخ الا مع تعذر التسـليم، فكـذا هنا إذ المعقود عليه غير معين، و لا يتعين المعيب بالقبض، و لا يتحقق الفسخ» و أشـكله فى الدروس بأنهما تفرقا قبل قبض البدل و فيه أن البحث على فرض جواز الابدال بعد التفرق كما هو صريح ما سمعته عن المبسوط

و الوسيله، و الا فلا ريب أن المتجه على تقدير العدم جواز الفسخ، لكن على معنى أن له رد المعيب فينفسخ العقد حينئذ، لعدم التقابض قبل التفرق، و حينئذ يكون من قبيل تعذر تسليم الصحيح.

و من هنا جعل فى التحرير عدم الفسخ لازما للقول بالإبدال، فقال: «و لو وجد القابض عيبا فله المطالبه بالبدل قبل التفرق، سواء كان العيب من جنسه أو من غيره، و لو كان العيب من جنسه و رضيه جاز، و لو طلب الأرش لم يجز مع اتحاد العوضين و يجوز مع عدمه، و لو افترقا بعد القبض ثم وجد العيب من جنسه قال الشيخ: له الابدال، و لو كان من غير الجنس بطل الصرف، و لو كان فى البعض صح فى السليم و لو طلب واجد العيب الفسخ فعلى قول الشيخ ينبغى أنه ليس له مع الابدال؛ و لعل مراده أن المتجه على قول الشيخ عدم جواز الفسخ و ان كان هو قد صرح به كما سمعت، و يؤيد ذلك كله ما تسمعه إنشاء الله فى باب السلم من الحكم بالإبدال و عدم فسخ العقد؛ و لعله لذا اقتصر فى اللمعه هنا فيما نحن فيه على أن له الابدال مضافا الى أصاله لزوم العقد و غيرها فالمتجه حينئذ حمل الرد فى كلام المصنف على اراده رد المبيع لا فسخ العقد، و يكون الحاصل أن له الرد على كل حال، و ان أدى ذلك لو كان بعد التفرق، و قلنا بعدم الابدال فيه الى بطلان العقد.

و المناقشه- فى أصل جواز الفسخ بأنه قد تشخص الكلى فى المقبوض، إذ الفرض أنه فرد له، و لا دليل على أن العيب يسلط على فسخ مقتضى القبض، و الأصل براءه ذمه الدافع و بقاء ملك المدفوع اليه- يدفعها الاتفاق منهم ظاهرا على ذلك فى المقام و السلم و غيرهما، مؤيدا بإطلاق ما دل على رد المعيب الشامل للمقام، و ان اختلف هو مع الشخصى بكون رده مقتضيا لفسخ العقد بخلاف رده هنا باعتبار أن العقد قد وقع على ما هو أعم منه، فأقصى ما يفيد رده ابطال التشخيص السابق لا أصل العقد كما هو واضح.

و حينئذ ففى المقام ان رد فى المجلس كان له المطالبه بالبدل قبل التفرق قطعا

لعدم المانع من التفرق و نحوه أما فيما بعد التفرق ففى الابدال تردد و خلاف فالمشهور بين من تعرض له من الشيخ و ابن حمزه و الفاضل و المحقق الثانى و الشهيد الثانى أن له ذلک، و فى الدروس «لا يجوز على الأقرب» و هو ظاهر اللمعه أيضا و عن أبى على أنه يجوز الابدال ما لم يتجاوز يومين فيدخل فى بيع النسيئه، لكنه لم يقيد بالتعيين و عدمه، و كان وجه العدم أن الإبدال يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق و أن المبيع حقيقه انما هو البدل، و قد حصل التفرق قبل قبضه، فيكون الصرف باطلا، فلا يجوز له أخذ البدل، و يدفعه أن التقابض تحقق فى العوضين قبل التفرق، لان المقبوض و ان كان معيبا، الا أن عيبه لم يخرجه عن حقيقه الجنسيه، و لأجل ذلک ملكه المشترى، و كان نماؤه له من حين العقد الى حين الرد، و الفسخ بالرد طار على الملک بسبب ظهور العيب، فيكون البيع صحيحا، و له طلب البدل بعد التفرق، إذ ما فى الذمه و ان كان أمرا كليا الا أنه إذا عين فى شى ء و قبضه المستحق تعين و ثبت ملكه له فإذا ظهر فيه عيب كان له فسخ ملكيته تدار كالفائت حقه، فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمه فتعين حينئذ عوضا صحيحا، و بهذا ظهر أن الأول كان عوضا فى المعاوضه، و قد قبضه قبل التفرق، فتحقق شرط الصحه، فلا يلزم بطلانها بالفسخ الطارى على العوض، المقتضى لعوده إلى الذمه، و كون البدل عوضا لا يقتضى نفى عوضيه غيره، فلا يقتضى التفرق قبل قبضه العوض فى المعاوضه.

و اما ما عن الإيضاح من أن جواز الابدال يستلزم عدمه، لان رده هو رفع تعيين البيع فيه، و هو يستلزم انتفاء كون المردود المبيع فى الماضى و المستقبل، لأن المبيع واحد، فلا يكون قد قبض المبيع قبل التفرق فيبطل الصرف، إذ يمكن منعه عليه بالتزام عدم وحده ما يتحقق به المبيع حتى فى الزمان، فقد ظهر أن الأقوى جواز الابدال كما أن الأقوى عدم اعتبار التقابض فى مجلس الرد وفاقا للشهيدين فى الحواشى و المسالک و المحقق الثانى فى جامعه، للأصل السالم عن المعارض؛ إذا القبض الأول اما أن يؤثر فى صحه البيع أولا، و الثانى يستلزم بطلان البيع من رأس و المفروض خلافه؛ و الأول

یستلزم عدم اشتراط قبض البدل، و بالجمله أدله التقابض انما یظهر منها اعتباره فی مجلس العقد و قد حصل، فغیره علی الأصل، فما عن الإیضاح من الاشتراط ضعیف کالإشکال فی القواعد، و ان کان وجهه أنه قبض عوض الصرف، لأن القبض الأول قد ارتفع، و فیه ما عرفت، فقد بان أن الأقوی عدم الاشتراط کما أنه مما ذکرنا سابقا ظهر مستند القول بالإبدال و عدمه، و أما ما عن أبی علی ف

فی خبر إسحاق (۱)عن الکاظم علیه السلام اشاره الیه قال: «سألت أبا إبراهیم علیه السلام عن الرجل یبیعنی الورق بالدنانیر و أتزن منه فأزن له حتی أفرغ، فلم یکن بینی و بینه عمل الا أن فی ورقه نفایه و زیوفا و ما لا یجوز، فیقول:

انتقدها و رد نفایتها، فقال: لیس به بأس، و لکن لا یؤخر ذلک أکثر من یوم أو یومین؛ فإنما هو الصرف، قلت: فان وجدت فی ورقه فضلا مقدار ما فیها من النفایه قال: هذا احتیاط هذا أحب الی»

و هی کما تری و لو کان العیب فی البعض، فحکمه حکم الکل فی جمیع ذلک، الا أن فی رده وحده أو رد الجمیع لئلا تتبعض الصفقه علی البائع ما عرفته سابقا، کما أن الحکم کذلک أیضا فی مختلف الجنس و ان زاد علیه بجواز أخذ الأرش فی المجلس و بعده علی البحث السابق، لکن صرح فی المختلف هنا «بأن له الأرش مع التفرق» بل لعله المفهوم من عباره القواعد أیضا و هو موافق لما قدمناه من عدم منافاته للصرف.

نعم قد أطلق هنا فی المحکی عن المبسوط و الخلاف و الوسیله الإمساک مجانا مع عدم تقیید الأول و الثالث باتحاد الجنس و فرضه فی الثانی مع اختلافه، و لعله لأن الأرش انما یثبت فی أحد العوضین إذا تعین لأن غیر المعین ماهیه کلیه فی الذمه، و انما یحمل اللفظ علی الصحیح، فإذا دفع الیه بعض جزئیات الکلی معیبا کان له ابداله؛ فلا یتعین کونه معیبا کی یستحق جبره بالأرش؛ و لذا حکی عن شرح الإرشاد للفخر الجزم بعدم الأرش أیضا، بل هو ظاهر الشهید أو صریحه فی الحواشی بل یؤیده ما تسمعه منهم فیما إذا خرج المسلم فیه معیبا من التصریح بعدم الأرش بل ظاهر المسالک هنا أنه من المسلمات، و هو متجه بناء علی أن له الابدال هنا، إذ لا فرق حینئذ بینه و بین المسلم فیه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الصرف الحدیث ۲.

نعم يمكن القول بثبوت الأرش فيهما معا باعتبار تشخصه بالقبض فيشمله ما دل عليه فى المبيع المعيب، و لا ينافيه جواز المطالبه بالإبدال، اللهم الا أن يقال ان الأرش انما ثبت عوضا عن وصف الصحه الذى لا يمكن تداركه الا به لو كان المبيع شخصيا أما إذا كان كليا فهو ممكن بالإبدال، فلا يلزم به البائع و من ذلك كانت المسأله محل تردد، و ان كان الأول أقوى ان لم يكن إجماع على خلافه، و الله أعلم.

ثم انه حيث يثبت الرد لا يمنعه نقص السعر عندنا و لا زيادته، للأصل و إطلاق الأدله خلافا لبعض العامه فجعل النقص كحدوث العيب فيه، و هو قياس و مع الفارق، و لو تلف أحد العوضين المعينين فى الصرف بعد التقابض، ثم ظهر فى التالف عيب من غير الجنس بان بطلان الصرف، و كان العوض الأخر لصاحبه، و يضمن التالف بالمثل ان كان نحو الذهب و الفضه و الدرهم و الدينار و بالقيمه فى الحلى و نحوها و لو كان العيب من الجنس لم يكن له الأرش مع اتحاد الجنس، بناء على ثبوت الربا به.

نعم قيل ان له الفسخ و يرد مثل التالف أو قيمته ان لم يكن له مثل و فيه نظر، أما مع اختلافه فله الأرش على البحث السابق، و لو كانا غير معينين و كان التالف معيبا من غير الجنس لم يبطل الصرف قبل التفرق.

نعم هو كذلك بعده و لو كان معيبا بالجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس قبل التفرق و بعده، على البحث السابق و ليس له فسخ العقد على القول به هناك، لأن التلف مانع له، و الظاهر أن المطالبه بالبدل كذلك، أما متحد الجنس فليس له الأرش، بناء على ثبوت الربا به، و له الرد فى وجه بل قوله قد تقدم، لتوقف تحصيل حقه عليه، و الظاهر أن الإبدال كذلك، و من ذلك كله يعلم ما فى إطلاق القواعد، قال:

«لو تلف أحدهما بعد التقابض ثم ظهر فى التالف عيب من غير الجنس بطل التصرف، و يرد الباقى و يضمن التالف بالمثل أو القيمه، و لو كان من الجنس كان له أخذ الأرش مع اختلاف الجنس و الا فلا» و يمكن أن يريد المطلقين فيحتاج الى قيد التفرق، للبطلان و الأمر سهل.

و لعل اضطراب كلامهم فى المقام يشهد للمختار سابقا، ضروره كون المقام من خيار العيب فى غيره، و ليس له أدله مخصوصه تخصه؛ و قد عرفت سابقا سقوطه بالتلف و التصرف؛ فبناء على المختار من ثبوت الأرش فى متحد الجنس و لا ربا، و على ثبوته أيضا فى مختلف الجنس بعد التفرق، و لا ينافى الصرف، و على ثبوته فى الكلى أيضا يتجه حينئذ القول بسقوط الرد المقتضى للفسخ أو الإبدال بالتلف و يتعين الأرش أما على غيره فيشكل مع التزامهم بسقوط الرد و الأرش من حيث الربا أو الصرف أو الهبه؛ بأنها معامله ضرريه لا جبر لها، و بمنافاته لإطلاق أدله العيب، و مع التزامهم برد المثل أو القيمه عوض رد العين كى يترتب عليه الفسخ أو الإبدال؛ بأنه مناف لما دل هنا من اعتبار قيام العين فى الرد خصوصا الرد الموجب للابدال.

و من ذلك يظهر لك قوه المختار المطرد على جميع الأطوار و يجوز إخلاد أحد المتعاقدين إلى الأخر فى قدر عوضه فيصح البيع فيما يشترط فيه القبض فى المجلس قبل اعتباره، فلو أخبر بوزن المعين فاشتراه بجنسه ثم وجد نقصا تبين بطلان الصرف قبل التفرق و بعده؛ لاشتمال أحد العوضين على زياده عينيه يتحقق بها الربا كما صرح به الفاضل و غيره و كذا لو كان الزائد معينا و المطلق مخصوصا بقدر ينقص عن المعين بحسب نوعه، بل و كذا لو كانا مطلقين و كان أحدهما ينقص عن الأخر بحسب نوعه.

نعم قد يناقش فى أصل تحقق الربا بذلك كما ستسمع فى صوره الزياده التى يجرى مثله فى صوره النقيصه، لكن بالنسبه إلى الثمن، و الأصل فى المسأله ان نقصان المبيع الشخصى و زيادته فى متساوى الاجزاء يقتضى بقاء الزياده فى الثمن و المثمن على ملك مالكهما و عقد البيع لم يؤثر نقلهما عن المالك؛ و ان كلا منهما ملك للبائع و المشترى، و ان ثبت الخيار فعلى الأول لا ربا فى الفرض بخلاف الثانى، و المسأله من المشكلات كما تقدم الكلام فيها، فى أحكام العقود، و كلمات الأصحاب، فيها فى غايه الاضطراب؛ و فيها خبر(۱)فى مختلف الاجزاء يوافق الأول، اللهم الا أن

يراد منه و من الفتاوى إثبات فرد آخر للخيار و هو الأخذ بالحصه فى مختلف الاجزاء و أولى منه المتساوى من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الخيار الحديث ۱.

غير فرق بين الثمن و المثمن، و لعله لا يخلو من قوه، و حينئذ يتجه الربا مطلقا فتأمل جيدا، فإنه دقيق جدا.

و لو اشتراه أى المعين بغير جنسه كـذلك فظهر النقص تخير بين الرد و الأخـذ بـالحصه ان كـان متساوى الاجزاء، و الا تخير بين الإمساك بجميع الثمن و الرد على ما تقدم سابقا فى أحكام العقود فلاحظ و تأمل، و كذا المطلق و المعين، و المطلقين و لو كان قد وجده زائدا و هى.

[المسأله الرابعه إذا اشترى دينارا بدينار و دفعه فزاد زياده لا تكون الا غلطا]

المسأله الرابعه التى ذكرها المصـنف فقال إذا اشترى دينارا بـدينار و دفعه فزاد زياده لا تكون الا غلطا أو تعمدا كانت الزياده فى يد البائع أمانه و كانت للمشترى فى الدينار مشاعه كما صرح به الفاضل و المحقق الثانى هنا و غيرهما.

نعم فى المسالك «المراد أنه إذا اشترى دينارا مثلا فى الـذمه بـدينار كـذلك، و ان كان قوله و دفعه قـد يوهم التعيين، إذ لو كانا معينين لبطـل الصـرف من حيث اشـتمال أحـد العوضـين على زيـاده عينيه، و كـذا لو كان الزائـد معينا و المطلق مخصوصا بقـدر ينقص بحسب نوعه.

قلت: قـد ينـاقش فيه بـأن الزيـاده بنـاء أعلى أنها غير داخله فى المبيع، للحكم بأنها للـدافع كما تقـدم سابقا فى أحكام العقود فى متساوى الأجزاء، فكيف يلزم الربا، و بأن الربا قد يتصور أيضا فى المطلقين إذا كان أحدهما ناقصا عن الآخر بحسب نوعه.

و كيف كان فلا أجد خلافا فى صـحه الصـرف حيث لا يسـتلزم الربا، بأن كان الزائد مثلا ليس أحد عوضـى المعامله، و انما دفع عوضا عما فى الذمه، فاتفق أنه كان زائدا عن وزن ما جعل عوضا، و لا يخرج بهذه الزياده عن كونه فردا للكلى الذى فى الذمه و ان كان مقدار بالوزن الناقص، الا أنه لم يؤخذ ذلك وصفا مشخصا له على وجه يخرج الزائد عن كونه فردا.

و لو فرض كونه كـذلك، فلا ريب فى بطلان الصـرف إذا كان قد بان بعد التفرق و قبله يطالب بالبدل، الا أن ذلك غير ما نحن فيه، و الزياده فى الفرض للبائع قطعا،

كالقطع بأنها أمانه مالكيه مع التعمـد؛ بل فى المسالك «أنه محل وفاق» أما مع غيره كالغلط أو شك فيها فالأقوى كونها كـذلك أيضا، أى بالنسبه الى عـدم الضـمان وفاقا لأول الشـهيدين و ثانيهما و محكى المبسوط، للأصل بعـد أن كان وقوعها فى يده من غير تعـد منه، بـل بـاذن مالكهـا، و ليست من المقبوض بالسوم قطعا، و لا أولى منه بالضـمان لو قلنا به؛ و الاقـدام على قبضـها من العوض لم يصلح تسبيبه للضمان.

و عموم

«على اليد»(۱)

بحيث يشمل النزاع محل منع، خصوصا بعد عدم الجابر له فيه، بل فى المسالك «أن الثابت على الأخذ فى الخبر غير مبين، و لعله للحفظ أو نحوه كما يرشد إليه الأمانات المقبوضه باليد؛ مع عدم الحكم بضمانها؛ و القدر المتفق عليه وجوب حفظها.

و ان كان قد يناقش فيه بمعلوميه اسـتدلال الأصـحاب به فى سائر المقامات على الضـمان، فلا أقل من أن يكون ذلك مرجحا له على تقـدير الحفـظ، فضـلا عن فهم العرف له من لفـظ على، مع أن اراده الأـمرين منه ممكن، بـل ربمـا قيـل: انه أنسب بإطلاقه، فتقييـده بأحـدهما سـيما الحفـظ من غير داع لاـ وجه له، فالأولى حينئـذ فى رد الاسـتدلال به ما عرفت، أو أن المنساق منه الأخذ عدوانا، أو من غير اذن المالك كما يومى اليه اسـتدلال الأصحاب به فى نحو هذا المقامات، فتأمل فما عن فخر المحققين و تبعه الكركى و السيد فى الرياض من أن الأصح الضمان ضعيف.

انما الكلام فى أنها أمانه شـرعيه- لعدم علم المالك بها فضلا عن قصده الامانه، فهى كالمتاع فى الصندوق و المستعار و لم يعلم به المالك- أو مالكيه نظرا الى استناد دفعها اليه و صدق تعريفها المشهور الذى هو

الاسـتناد الى المالك و من فى حكمه عليها وجهان، أصحهما الأول ضروره اراده تأمين المالك لها من الأمانه المالكيه، لا مجرد أخـذها من يـده أو دفعه إياهـا، و لو على وجه الامـانه كمـا هو واضـح؛ بل ما ذكر من حكم الأمانه المالكيه و الشـرعيه من عـدم وجوب رد الاولى على الفور، و عدم اعلام المالك بها،

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶- ص ۹۰ كنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

بخلاف الثانيه ظاهر فيما ذكرنا، إذ لا وجه لذلك فيما نحن فيه، هذا.

و فى القواعد «ان لآخذ الزياده الفسخ للتعيب بالشركه ان منعنا الابدال مع التفرق، و كذا لدافعها إذ لا يجب عليه أخذ العوض، نعم لو لم يفترقا رد الزائد و طالب بالبدل، و اليه يرجع ما فى المسالك قال: و «على تقدير الغلط اما أن يتبين الحال قبل التفرق أو بعده، فان كان قبله فلكل منهما استرداد الزائد و ابداله، و ليس للآخر الامتناع تحرزا من الشركه، و ان كان بعد التفرق فان جوزنا الابدال للمعيب من الجنس كما تقدم، فكذلك، و الا ثبت الخيار لكل واحد منهما لعيب الشركه».

و نحوه فى جامع المقاصد؛ و مقتضى الجميع عدم جواز الفسخ مع جواز الابدال، و به صرح فى جامع المقاصد و مقتضى الجميع عدم جواز الفسخ مع جواز الابدال، و به صرح فى جامع المقاصد قال: «لانه طريق الى التخلص من العيب فلا يثبت فسخ المعاوضه اللازمه، و فيه أن مثله جاز فى المسأله السابقه مع أنهم حكموا بالرد و الإمساك و المطالبه بالبدل؛ اللهم الا أن يدعى الفرق بين عيب الشركه و غيره، فيتمسك فى الثانى بإطلاق دليل الرد به الشامل للابدال و الفسخ، بخلاف الأول الذى دليله لا ضرر، المرتفع بمشروعيه الابدال و الله أعلم.

[المسأله الخامسه روى جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم]

المسأله الخامسه: روى أبو الصباح الكنانى (۱)عن الصادق عليه السلام فى القوى جدا ان لم يكن الصحيح ما يستفاد منه جواز ابتياع درهم بدرهم مع اشتراط صياغه خاتم

قال: «سألته عن الرجل يقول للصائغ صغ لى هذا الخاتم و أبدل لك درهما طازجيا بدرهم غله، قال: لا بأس»

و عمل بها الشيخ فى النهايه، فقال: «لا بأس أن يبيع درهما بدرهم و يشترط صياغه خاتم أو غير ذلك من الأشياء» بل عن كشف الرموز أن الروايه مقبوله غير مطعون فيها، و أن المشايخ اعتمدوا عليها و أن المخالف صاحب الوسيله، و إن العجلى متردد و أن العمل بها أظهر بين الأصحاب مستثنى من الآيه و عموم الروايه، و ظاهره انحصار المخالف فى ابن حمزه كالمحكى عن إيضاح النافع.

و ظاهر المصنف هنا العمل بها أيضا، بل هو صريحه فى النافع كالفاضل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب الصرف الحديث ۱.

فی التحریر و محکی التلخیص، بل قیل انه ظاهره فی التذکره، و أما ابن إدریس فإنه بعد أن ذکر ما فی النهایه وجه الفتوی بذلک أن الربا هو الزیاده فی العین إذا کان الجنس واحدا، و هنا لا زیاده فی العین، و یکون ذلک علی وجه الصلح فی العمل؛ فهذا وجه الاعتذار له إذا سلم العمل به، و یمکن أن یحتج لصحته بقوله تعالی (۱)(أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا) و هذا بیع، و الربا المنهی عنه غیر موجود، لا حقیقه لغویه و لا شرعیه و لا عرفیه.

و فیه ما قد عرفت سابقا من تحقق الربا بمطلق الزیاده فی المتجانسین، ضروره عدم صدق المثل بالمثل معها، و

فی صحیح عبد الرحمن (۲)«ان الناس لم یختلفوا فی النسی ء أنه الربا،»

کما

فی خبره الآخر(۳)«جاء الربا من قبل الشروط، و انما تفسده الشروط»

بل یمکن دعوی اتفاق الأصحاب علی ذلک، لا یقال إذا کان وصف الخاتمیه مثلا لا یتحقق به الربا، و لذا جاز بیعه بمثله فضه غیر خاتم، فاشتراطها غیر قادح أیضا، لأنا نقول ان الشرط هنا العمل و هو صیاغتها خاتما لا وصف الخاتمیه، و لا ریب فی تحقق الربا بمثله.

نعم لو کان الشرط مثلا- بیعه بفضه مصوغه خاتما، أمکن عدم تحقق الربا، لعدم اشتراط العمل، فهو کبیعه الفضه بالفضه من الدراهم مثلا- أو بفضه من جنس المصوغ علی وجه خاص، و نحو ذلک بما هو أفراد للمبیع، و بالوصف و الشرط یتعین بعض أفرادها، و مثله لا یتحقق به الربا قطعا، إذ لیس مطلق الاشتراط فی أحد العوضین یتحقق به ذلک؛ و لعل من ذلک اشتراط الخیار لأحدهما، فإنه لا یتحقق به الربا أیضا إذ أقصاه صیروره البیع بالنسبه إلی أحدهما جائزا، بل قد یقال بعدم تحقق الربا باشتراط غیر موضع العقد للتسلیم؛ نحو ما قیل فی الفرض، بل لا أجد خلافا فیه بین من تعرض لذلک، کالفاضلین

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۲۷۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵-، من أبواب الصرف الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الصرف الحدیث ۱ لکنه عن خالد بن الحجاج.

و الشـــهيد و المحقـق الثـانى و غيرهـم و الظـاهر أن ذلـك منهـم فيـه، للأصـل و العمومـات مـع فقـد المـانع مـن نص و إجمـاع، لاختصاصـهما بالمنع عن القرض بشـرط النفع، و ليس الإنقاد فى بلـد آخر منه، و لعل ما نحن فيه كـذلك، إذ ليس هو الاشتراط موضع خاص من مواضع التسليم غير ما انصرف اليه العقد و حينئذ فيكون

ما ورد من الصحيح (۱)«فى الرجل يسلف الرجل الورق على من ينقدها بأرض أخرى؛ و يشترط عليه ذلك، قال لا بأس»

و نحوه الخبر مؤكدا لما عرفته من القاعده.

لكن فى التحرير «يجوز ان يعطى عشره دراهم أو دنـانير و يشترط عليه أن ينقـدها إياه بأرض أخرى مثلها فى العـدد و الوزن من غير تفاضل قرضا لا بيعا» و ظاهره الفرق بين القرض و البيع فى ذلك، و فيه نظر ان لم يرد من جهه الصرفيه.

نعم لو اشترط عليه حمل المبيع مثلا الى بلـد آخر تحقق الربا، لا ما إذا كان كليا و اشترط خصوص موضع للتسـليم، بل قـد يظهر من

خبر محمد الحلبى (۲)جواز اشتراط بيع الربوى بمثله فى عقد ربوى آخر، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السـلام عن الرجل يستبدل الكوفيه بالشاميه وزنا بوزن؛ فيقول الصيرفى لا أبدل لك حتى تبدل لى يوسفيه «ببغليه»(۳)وزنا بوزن فقال لا بأس به، فقلنا له: أن الصيرفى يطلب فضل اليوسفيه على «البغليه»(۴)فقال: لا بأس به»

فتأمل جيدا.

و كيف كـان فلاـ ريب فى أن مـا نحن فيه ليس شـيئا من ذلـك، بل متى اشترطه أو نظيره من باقى الأعمال تحقق الربا، فانحصـر الطريق حينئذ فى الخروج عن ذلك بالخبر المزبور

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الصرف الحديث ۱- ۳- ۴- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۷ من أبواب الصرف الحديث ۱ مع اختلاف يسير.

۳- ۳ هكـذا فى النسـخ المصـححه، و الصـحيح بغله بكسـر الغيـن المعجمه كمـا فى الوسائـل و التهـذيب و الكـافى و يـأتى عن المصنف نقل تفسيرها بالمغشوش عن الفقهاء و بعض أرباب اللغه.

۴- ۴ هكـذا فى النسـخ المصـححه، و الصـحيح بغله بكسـر الغيـن المعجمه كمـا فى الوسائـل و التهـذيب و الكـافى و يـأتى عن المصنف نقل تفسيرها بالمغشوش عن الفقهاء و بعض أرباب اللغه.

لكن قـد يناقش فيه بعـد تسليم اعتبار سـنده، بأنه لا دلاله فيه على ذلك إذ مورده اشتراط الإبـدال فى الصـياغه لا العكس، و مع فرض صـحه وقوع هـذا الابـدال عوضـا عن الإجاره أو الجعاله يرتفع الإشـكال، إذ لا ربا فى نفس عقـد بيع الـدرهم بالـدرهم، و المحرم منه الزياده فى عقد بيعه فيكون ذلك حيله للتخلص من الربا.

و دعوى أنه يؤول إلى كون الثمن للطازجى الغله و العمل، يـدفعها منع تحقق الربا بنحو هـذا الأول، و مع تسـليمه فليست المسأله من البيع بشـرط ذلـك، و يمكن أن يكون من المقـاوله التى لا يترتب عليه التزام، و لكنه لا بأس به مع التراضـى من غير اشتراط؛ كما يمكن أن يكون ذلك من الابدال الذى هو من الاعمال؛ لا خصوص البيع منه.

و بمـا فى الروضه و المسالـك من أن الصـياغه وقعت من جانب الغله، و قـد حكى عن بعض أهل اللغه و جماعه من الفقهاء أنها المغشوش، و الطـازج الخـالص، فيكون الغش حينئـذ و الصـياغه فى مقـابله مـا زاد عليه من الطازج؛ و هـذا لا مانع منه فى البيع و غيره، و فى شرط صياغه خاتم و غيره من الصنائع و الأعيان، فتكون الروايه حينئذ موافقه للضوابط، و لا يقتصر على مضمونها.

و باحتمـال كون المراد الصـياغه بأجرتها و الابـدال، و عـدو بغير ذلك من الاحتمالات التى تسـقط الخبر عن الـدلاله على ذلك الـذى هو مبنى على مسـاواه درهم الغله و الطـازج بالوزن، و أنهما مختلفان بالجوده و الرداءه لا غير أو بالصـحه و الكسـر، أو أن الأول العتيق و الثانى الجديد؛ و نحو ذلك مما لا يجوز التفاضل فيهما، و منه بيع أحدهما بالاخر مع اشتراط الصـياغه؛ و الخبر ان لم يكن ظاهرا فيما ذكرناه فلا ظهور فيه فى ذلك قطعا، و لا جابر له، إذ المشـهور بين المتأخرين عـدم العمل به على هذا الوجه، بل صرح الفاضل فى المختلف و الشهيدان و المحقق الثانى و المقداد و غيرهم بعدم العمل به بالنسبه الى ذلك

و أغرب منه التعديه منه الى مطلق الشـرط و ان كان عينا، أو إذا كان زياده حكميه من غير فرق بين الثمن و المثمن، و قد سمعت عباره النهايه و نحوها عن التذكره، مع أنه لا إشعار فى الخبر بالتعديه المزبوره و لا منقح من إجماع أو عقل.

و لـذا قال المنصف و هل يتعـدى الحكم؟ الأشـبه لا و هو كـذلك كما عرفت، و لقد أجاد فى الدروس فى أصل تحرير المسأله حيث قال: «روى أبو الصـباح جواز جعل ابدال درهم طازج، بدرهم غله، عوضا لصـياغه خاتم، و حكم جماعه- بجواز بيع درهم بـدرهم مع شـرط صـياغه خـاتم قـال ابن إدريس: لأن الزياده ليست عينا ورد بأن الربا يحصل بالزياده الحكميه، و ظاهرهم جواز التعـديه الى غير ذلـك فـان اعتمـدوا على الروايه فلاـ دلاـله لهم فيهـا، و الا وجه المنع مطلقا، و الروايه فى الإجاره لا غير، و كان العمـل يجبر تفـاوت مـا بين الـدرهمين إذ لطـازج الخـالص؛ و الغله غيره» و لاـ ريب فى أنه أولى من تعبير المصـنف و غيره عن مضمون الروايه بأنه جواز بيع درهم بدرهم، مع اشتراط صياغه خاتم، لما عرفت من عدم كونه كذلك و الله أعلم.

[المسأله السادسه الأوانى المصوغه من الذهب و الفضه ان كان كل واحد منهما معلوما جاز بيعه بجنسه]

المسأله السادسه قد عرفت من القواعد السابقه أن الأوانى المصوغه من الذهب و الفضه يجوز بيعها بغير جنسـها مطلقا و بمجموع النقدين كذلك لانصراف كل الى ما يخالفه، و بوزنهما أو أزيد من أحد الجنسين، لانصراف الزياده حينئذ إلى المخالف، و عن فخر المحققين هنـا الإجماع عليه؛ و بالأنقص مع العلم بزيادته على ما فيها منه، زياده تصـلح للانصـراف الى الجنس الأخر، و عن الفخر الإجمـاع عليه هنـا أيضـا، من غير فرق فى ذلـك كله بين إمكـان تخليص أحـدهما عن الأـخر بحيث لا يتلف منه شـى ء و عدمه، و بين العلم بقدر كل واحد منهما و عدمه، للاكتفاء فى المعلوميه بوزن المجموع، و بين غلبه أحدهما على الأخر و عدمه.

لكن فى نهايه الشيخ الأوانى المصاغه من الذهب و الفضه معا ان كان مما يمكن

تخليص أحـدهما من صاحبه، فلا يجوز بيعها بالـذهب أو بالفضه و ان لم يكن ذلك فان كان الغالب الذهب لم تبع إلا بالفضه و ان كان الغالب فيها الفضه لم تبع الا بالـذهب، و ان تساوى النقـدان بيعت بالذهب و الفضه معا، و نحوها ما فى النافع و الإرشاد و التحرير و محكى السـرائر، و قـال قبـل ذلك: «و لا يجوز بيع الفضه إذا كان فيها شـى ء من المس أو الرصاص أو الـذهب أو غير ذلـك الاـ بالـدنانير إذا كـان الغـالب الفضه، فـإن كـان الغالب الـذهب، و الفضه الأقل، فلا يجوز بيعه إلا بالفضه، و لا يجوز بيعه بالـذهب نقـدا، هذا إذا لم يحصل العلم بمقدار كل واحد منهما على التحقيق، و ان تحقق ذلك جاز بيع كل واحد منهما بجنسه، مثلا بمثل من غير تفاضل.

و لـذا قال المصـنف هنا فى بيان حكمها، أى الأوانى المزبوره ان كان كل واحـد منهما معلوما، جاز بيعه بجنسه من غير زياده، و بغير الجنس و ان زاد، و ان لم يعلم و أمكن تخليصـهما لم يبع بالـذهب و لاـ بـالفضه، و بيعت بهمـا أو بغيرهما، و ان لم يمكن و كان أحدهما أغلب بيعت بالأقل، و ان تساويا تغليبا بيعت بهما و هو محصل كلام الشيخ.

كما أنه وافقه فى الجمله فى القواعد و محكى التذكره فقال «و المصاغ من النقدين ان جهل قدر كل واحد بيع بهما، أو بغيرهما، أو بالأقل ان تفاوتا. و ان علم بيع بأيهما شاء مع زياده الثمن على جنسه، و لو بيع بهما أو بغيرهما جاز مطلقا».

و قـال فى الوسـيله: «و المخلوط من الـذهب بـالفضه ضـربان فـإن أمكن تخليص أحـدهما من الأـخر و لم يعلم مقـدار ما فيه من الذهب و الفضه، لم يجز بيعه بالذهب و لا بالفضه و لا بالمخلوط، فإن أراد ذلك تواهبا و ان علم مقدارهما جاز، و ان لم يمكن التخليص و علم مقـدار كل واحـد منهما جاز أن يباع بالذهب أو بالفضه أو بكليهما و بمخلوط مثله، و ان لم يعلم المقدار و علم الغـالب بيع بغير الغالب فان اشـتبه بيع بكليهما، و ان ضم جنس آخر معه كان أحوط، و ان كان كلا البـدلين مخلوط كـذلك لم يصح بيع

أحدهما بالاخر» و قال ابن الجنيد كما فی المختلف: «و إذا اختلط الذهب بالفضه لم يجز أن يشتری المختلط بواحد منهما و ان كان أحدهما مختلطا بنحاس أو رصاص، فان كان معلوما جاز ان يباع الفضه بمثلها، و أسقط الغش، و ان ابتاع المختلط منهما بشی ء منهما بأن يجعل الذهب فی الثمن ثمن الفضه من السلعه، و الفضه من الثمن ثمن الذهب من السلعه جاز، و

قول النبی صلی الله عليه و آله (۱)«بيعوا الذهب بالفضه يدا بيد كيف شئتم»

مبيح لذلک فی الاختلاط و الانفراد و الزياده و النقصان، فان كان العين المختلط فی أحدهما لا حكم له فی نفس الاسم كالاسرب الذی فيه فضه، لا حكم لها جاز شراؤه بفضه دون وزنه، و لو كان هذا حكم الذهب و الفضه، فغلب أحدهما كان شراء ذلک بعروض غيرهما أحب الی» و الجميع كما تری مخالف لتلک القواعد، أو فيه ما هو كذلک كما لا يخفی علی من تأملها و تأمله.

و قد ذكر الشهيد فی المسالک جمله من مواضع المخالفه التی تظهر بأدنی التفات هذا مع أنه لم نقف لهم علی ما يشهد لهم من النصوص، سوی

خبر إبراهيم بن هلال (۲)قال: «قلت لأبی عبد الله عليه السلام جام فيه ذهب و فضه اشتريته بذهب أو فضه فقال ان كان تقدر علی تخليصه فلا، و ان لم تقدر علی تخليصه فلا بأس»

و

خبر أبی عبد الله مولی عبد ربه (۳)قال: «سألت الصادق عليه السلام عن الجوهر الذی يخرج من المعدن و فيه ذهب و فضه و صفر جميعا، كيف نشتريه، فقال: نشتريه بالذهب و الفضه جميعا»

و

خبر عبد الله بن سنان (۴)قال: «سألت الصادق عليه السلام عن شراء الذهب فيه الفضه بالذهب قال: لا يصلح الا بالدنانير و الورق»

و غير ذلک من النصوص (۵)التی تسمعها فی تراب الصياغه لكن

۱- ۱ سنن البيهقی ج ۵ ص ۲۸۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۵- من أبواب الصرف الحديث- ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب الصرف الحديث ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب الصرف الحديث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب الصرف.

لاـ دلاـله فيهـا على تمام ما ذكروه، مع أن فى سـند الأول منها الـذى لـم يتضـمن التفصـيل بالتخلص و عـدمه و غيره، ما يمنع من العمل

به، مضافـا الى عـدم القول بإطلاقه منهم؛ كإطلاق غيره من النصوص السابقه المحمول قطعا على الغالب من عـدم العلم بالمساواه فى شـراء الممتزج بأحـدهما فلا تكون مخالفه حينئـذ للقواعد السابقه، و قد يحمل كلام الأصـحاب أو بعضـهم على ذلك أيضـا خصوصا بعد معلوميه عدم التغابن عاده، الا أن ما ذكروه من البيع بالأقل على تقدير الغلبه لا محمل له، و اعتذر عنه الشهيد بإراده المحـافظه على طلب الزيـاده قال فى الـدروس: «و الإناء المصوغ من الجوهرين أو الحلى منهما يباع بغيرهما أو بهما مع علم وزن المبيع، و ان لم يعلم وزن كـل واحـد منهما، إذا لم يمكن التخلص؛ و لو بيع بالجنس الواحـد لم يجز الا أن يقطع بزياده الثمن» و قال الشيخ و جماعه «يباع بالأقل محافظه على طلب الزياده» و فيه أن الزياده المعتبره فى الثمن غير جنسه، يمكن تحققها مع الأقل و الأكثر، أو مع ذلك فالارشاد إلى الزياده غير كاف فى التخصيص الموجب لتوهم المنع عن غيره.

لكن قـد يظهر منه عـدم خلاـف الشـيخ إلا فى ذلك الـذى حمله على ما عرفت، كما عساه يظهر من المحكى عن شـرح الإرشاد للفخر قال: «ان المصوغ من النقـدين يجوز بيعه بأحدهما بوزن المجموع أو أزيد، إجماعا الى أن قال و ان لم يبع بوزن المجموع فلا يخلو اما أن يعلم زيادته على جنسه أو لا، و الأول يصح إجماعا ثم قال ان لم يمكن التخلص فالأصح عندى أنه لا يصلح بيعه به، و قيل يصح بيعه بالأنقص، و هو مشـهور عند الأصحاب؛ و هذا خلاف قاعدتهم لأنهم مع إمكان الربا حرموا عليه الزياده لكن بنوا ذلك على أن العاقل لا يقع فى معاملاته التغابن و هذا ليست أماره حسيه و لا عقليه بل زعموا أنها شرعيه بنص الأصحاب.

قلت يمكن أن يريدوا انه إذا بيع بالأقل كان هناك طريق للتخلص من الربا

لو أريـد بيعه بأحـدهما بأنقص من وزن مجموعه، بأن يشتريه مثلا بوزن نصـفه من جنس الأقل للقطع حينئذ بالزياده، لأن الفرض غلبه الجنس الأـخر، بخلاف ما لو بيع بالجنس الأخر فلا يعلم زياده الثمن حتى يباع بوزن مجموعه، و الغالب فى معاملات الناس عـدم شـراء المركب منهما بوزن أحـدهما، و لـذا أطلق فى كلامهم عدم جواز بيعه بالذهب أو الفضه كالنصوص، و نحو ما تقدم فى عباره المصـنف فى المغشوش، كما أن قول المصـنف بجواز بيع كل واحـد منهما بجنسه مع العلم بقدره من غير زياده متجه، ضروره تحقق الربا بالزياده، و لا يـدفعها تعـدد الجنس، بعد أن عين الثمن لكل منهما من جنسه، إذ الانصـراف الى المخالف انما هو إذا بيع بالمجموع من غير تعيين.

و كيف كان ان أمكن إرجاع كلام الجماعه جميعه أو بعضه الى مقتضـى القواعد السابقه فمرحبا بالوفاق، و الا كان محلا للمنع، لعدم دليل صالح للخروج به عنها، كما هو واضح.

ثم ان مقتضـى الأدله السابقه الصريحه فى اشتراط المماثله ببيع المتجانسين، و حرمه التفاضل و المبالغه فى شده حرمه الربا اعتبار القطع هنا بزياده الثمن على المجانس إذا أريـد البيع بجنس أحدهما، ليتخلص من الربا، بصـيروره الزياده فى مقابله الجنس الأخر كما صـرح به فى الـدروس و اسـتجوده فى الروضه، و تعـذر العلم أو تعسـره الا بالتخلص الموجب ضـررا بتلف البعض، لا يجوز الاكتفـاء بغيره، و لو كـان ظنا غالبا، خلافا للمعه فاكتفى به لعسـر العلم اليقينى بالقـدر غالبا، و مشـقه التخليص الموجب له، و فيه منع، و لو سلم فليبعه بغير الجنس أو بضمه اليه، نعم قد يقال حيث لا يمكن التخلص من ضرر عدم العلم الا به بالاكتفاء مع أنه لا يخلو من نظر أيضا فتأمل.

و المراد بإمكان التخلص أن يتخلص من دون أن يتلف شى ء أو ينقص قدره أو وصفه و الله أعلم.

[المسأله السابعه المراكب المحلاه إن علم ما فيها بيعت بجنس الحليه]

المسأله السابعه:- قد عرفت مما تقدم من القواعد السابقه كيفيه بيع المراكب و السيوف و غيرها المحلاه بأحد النقدين ف ان علم قدر ما فيها بيعت بجنس الحليه بشرط أن يزيد الثمن عما فيها ليتخلص من الربا بمقابله الزياده لذى الحليه أو توهب بعد البيع أو قبله، فتكون الحليه حينئذ مبيعه منفرده فلا يحتاج إلى الزياده بل لا يجوز معها لتحقق الربا.

نعم يجب أن يكون الالتهاب من غير شرط فى بيع الحليه بمساويها، و الا كان ربا كما عرفته فيما تقدم، و لو وهبه قبل البيع صح، و لو اشترط فى عقد الهبه بيع الحليه بالمساوى خلافا للمسالك فلم يجوزه أيضا و كأنه لأنه يؤل الى البيع بشرط الهبه، و فيه منع، هذا إذا أريد البيع بجنس الحليه و أما لو باعه بغير جنسها فلا إشكال فى الجواز مطلقا (۱۱) سواء زادت قيمته عليها أولا و سواء اشترط الهبه لو كان البيع للحليه خاصه أولا و (۱۲) أما ان جهل (۱۳) المقدار فالظاهر عدم الإشكال فى أصل البيع، لعدم اشتراطه هنا بالوزن، للأصل المعتضد بالسيره، و إطلاق النصوص سواء تمكن من النزع بلا ضرر أولا، لكن قد يوهم قوله فى المتن و لم يمكن نزعها الا مع الضرر، بيعت بغير جنس حليتها (۱۴) عدم الجواز مع التمكن، و نحوه الدروس، بل عن حواشى الشهيد التصريح بأنه لا يجوز بيع المحلى المجهول الا بعد تخليص الحليه، الا ان يحصل نقص أو ضرر، فيجوز مجهولا بالاخر، و فيه منع واضح.

نعم لا يرتفع حكم الربا بذلك للاكتفاء فيه بوزن جنسه، و ليس هذا كالغزل الذى خرج بالصفه عن كونه موزونا الذى قد صرح فى النصوص (۱)بجواز بيعه متفاضلا بل هو كغير الموزون لكبر أو صغر بل هو أولى منهما عند التأمل، ضروره موزونيه الحليه لو كانت منفرده الا أنها بالوضع على المحلى، و صعوبه النزع و التضرر به بيعت

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الربا الحديث- ۱۲ و باب- ۱۹- منه أيضا.

بلا وزن، تبعا للمحلی.

نعم یمکن التوقف فی بیعها منفرده مجهوله، بل لعل الأقوی فیه العدم؛ و کیف کان فما ذکره المصنف من البیع بغیر جنس الحلیه لا اشکال فیه و لا خلاف و أما ان بیعت بجنس الحلیه فمقتضی القواعد السابقه بل حکی الإجماع علیه هنا و نفی الخلاف فیه آخر، مضافا الی ما سمعت من النصوص (۱)جوازه إذا کان الثمن زائدا علیها، حتی یکون فی مقابله ذی الحلیه، أما إذا کان أقل فلا یجوز إجماعا محکیا عن الخلاف، معتضدا بنفی الخلاف من غیره، بل و محصلا لتحقق الربا، و قد

سأل منصور الصیقل (۲)أبا عبد الله علیه السلام «عن السیف المفضض یباع بالدراهم فقال: ان کانت فضته أقل من النقد فلا بأس و ان کان أکثر فلا یصلح»

و نحوه مضمر أبی بصیر(۳)و هو قرینه علی وهم الراوی عنه

فی خبره الآخر(۴)قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام السیف أشتریه و فیه الفضه تکون الفضه أکثر أو أقل، قال: لا بأس»

أو علی أن المراد به فی فضته قله أو کثره علی اختلاف أفراده فیقید حینئذ بخبره الأول أی إذا کان ثمنه أکثر فلا بأس، أو کان مع الضمیمه أو غیر ذلک، جمعا بینه و بین ما عرفت من القواعد السابقه و غیرها.

لکن قیل و القائل الشیخ فی النهایه یجعل معها شیء من المتاع، و تباع بزیاده عما فیها تقریبا دفعا لضرر النزع قال فیها: «و متی کانت محلاه بالفضه و أرادوا بیعها بالفضه و لیس لهم طریق إلی معرفه مقدار ما فیها لیجعل معها شیئا آخر و بیع حینئذ بالفضه إذا کان أکثر مما فیها تقریبا، و لم یکن به بأس» و لم أجده لغیرها، نعم نسبه فی التنقیح الی المبسوط و الخلاف؛ و فی مفتاح الکرامه، لم أجده تعرض لذلک فی الکتابین بعد فضل التتبع، و یؤیده اقتصار جماعه علی نسبته إلیها.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۵- من أبواب الصرف.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۵- من أبواب الصرف الحدیث ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۵- من أبواب الصرف الحدیث ۸.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۵- من أبواب الصرف الحدیث ۹.

و على كل حال فظاهرها كما قيل اعتبار الضميمه مع الحليه، بل عن حواشى الشهيد نسبته الى محققيهم، و لا وجه له، ضروره عدم الفائده لها بعد ان كان المحلى مضموما إليها، بل تستدعى زياده فى الثمن فى بعض الأحوال. نعم لو ضمت الى الثمن المجانس أفادت عدم اعتبار كثرته على المقابل؛ لاشتمال كل من العوضين حينئذ على جنسين، و قد عرفت انتفاء الربا فيه فتوى و نصا، و حمل عباره النهايه و المتن على ذلك ممكن، الا انه عليه لا ينبغى اعتبار كثره الثمن لا تحقيقا و لا تقريبا، اللهم الا ان يريد انه يعتبر الضميمه إلى الثمن إذا كان مجانسا إلى الحليه، و لم تكن كثرته محققه بل تقريبيه، فإذا أريد بيعه على هذا الحال اعتبر الضميمه إلى الثمن، لكن الجميع كما ترى تكلف فى تكلف.

و نحوه ما قيل من الاعتذار له على تقدير إراده الضميمه إلى الحليه بأنه لعله يريد أن يبيعها منفرده لا يجوز مع الجهل بقدرها و جهل المقابل لها، فيضم إليها المحلى أو شى ء آخر حتى يكون سببا لتكثير الثمن على وجه يقطع بزيادته عليها، إذ هو أبعد مما ذكرنا، و من هنا قيل ان الشيخ قد تبع فى ذلك روايه حملت على سهو الراوى قلت: هى

خبر عبد الرحمن،(۱)و قد رواه فى المحكى عن كشف الرموز «سألته عن السيوف المحلاه فيها الفضه، نبيعها بدراهم بنقد قال: كان أبى يقول يكون معها عروض أحب الى»

و عود الضمير فيه الى الدراهم ممكن، بل هى أقرب من السيوف و الموجود فى محكى

التهذيب و الكافى (۲)«سألته عن السيوف المحلاه فيها الفضه تباع بالذهب إلى أجل مسمى فقال:

ان الناس لم يختلفوا فى النسى ء أنه الربا، و انما اختلفوا فى اليد باليد، فقلت له: فنبيعه بدراهم بنقد، فقال: كان أبى عليه السلام يقول: يكون معه عرض أحب الى؛ فقلت: إذا كانت الدراهم التى تعطى أكثر من الفضه التى فيها، فقال: فكيف لهم بالاحتياط بذلك، قلت له: فإنهم يزعمون أنهم

۱- ۱ المستدرك ج ۲ ص ۴۸۳ و هى قطعه من الروايه و لها صدر و ذيل.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب الصرف الحديث- ۱ مع اختلاف يسير.

یعرفون ذلک، فقال: إذا کانوا یعرفون ذلک فلا بأس یجعلون معه العرض أحب الی».

و تذکیر ضمیر معه و ان کان کتذکیر الضمیر فی نبیعه المعلوم اراده المحلی منه؛ و لکن قد یشهد لرجوعه الی النقد أو الی الثمن المفهوم من المقام، بل لو أنث أمکن رجوعه الی الدراهم لا السیوف، بل قد یشهد لذلک أیضا قول السائل فقلت الی آخره، ضروره ظهوره فی أن السائل قد فهم اراده العروض مع الدراهم، فسأله عن الاحتیاج الیه مع فرض کثره الدراهم، فأجابه علیه السلام أنه لا سبیل غالبا إلی معرفه ذلک؛ فقال له: انهم یزعمون المعرفه فقال له: لا بأس علی هذا الفرض، الا أنه و مع ذلک «فالعروض أحب» لعدم کون المعرفه علی جهه الیقین من المتعاملین، و أمر الربا شدید ینبغی شده الاحتیاط فی التحرز، علی أن الموجود فیما حضرنی من نسخ التهذیب و الکافی المعتمده؛ و الا یجعلون الی آخره، علی معنی أنهم ان لم یعرفوا ذلک یجعلون، و یکون المراد من قوله أحب حینئذ الوجوب، نحو ما سمعته فی صدره.

و علی کل حال فقد اتضح المراد بالخبر و یمکن حمل عباره الشیخ علیه، و الا کان سهوا من قلمه الشریف، کما أن ما فی ظاهر الإرشاد من تعین البیع بغیر الجنس مع الجهل؛ بل و القواعد یجب حمله علی ما هو الغالب من عدم القطع بالزیاده.

ثم ان ظاهر الخبر المزبور ان منع النسیئه فی بیع الأثمان بعضها ببعض من جهه الربا و لو مع اختلاف الجنس، و المعروف أن المنع فی الأخیر لاعتبار التقابض فی الصرف، اللهم الا أن یکون اعتباره من جهه لزوم الربا غالبا علی تقدیر عدمه فی أحدهما علی وجه النسیئه، کما هو صریح بعض العبارات المحکیه عن المبسوط، و لا بعد فیه، إذ غایته تحقق الربا فی الأثمان بذلک مضافا الی التفاضل فی الجنس، و الأمر سهل، الا أن قوله و انما اختلفوا الی آخره، ظاهر فی وقوع الخلاف باعتبار التقابض فیه، لان المراد به اختلافهم فی اعتباره فیه و عدمه بعد اتفاقهم علی منع النسیئه، مع أنه لم نعرف خلافا فی

اعتباره فی بیع النقدین، اللهم الا أن یکون ذلک إشاره الی ما ذکره محی السنه من العامه علی ما قیل: من أن ذلک أی التفاضل فی الجنسین یدا بید کان قدیما فی عصره صلی الله علیه و آله، و نسخ، و بقی علیه أقوام لم یصل الیه النسخ.

و علی کل حال فهو صریح فی عدم جواز البیع نسیئه و

قال أبو بصیر(۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن بیع السیف المحلی بالنقد، فقال: لا بأس به، قال: و سألته عن بیعه بالنسیئه، فقال: إذا نقد مثل ما فی فضته فلا بأس، أو لیعط الطعام»

و قال أیضا

فی خبر ابن سنان (۲): «لا بأس ببیع السیف المحلی بالفضه بنساء إذا نقد ثمن فضته و الا فاجعل ثمن فضته طعاما و لینسئه ان شاء».

فما

فی مرسل إسحاق بن عمار(۳)ظانا أن الراوی عبد الله بن جذاعه قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن السیف المحلی بالفضه یباع بنسیئه قال: لیس به بأس، لأن فیه الحدید و السیر»

یجب تقییده بما إذا نقد مثل ما فیه من الفضه، أو أن البیع کان بعرض أو غیر ذلک، کما انه یجب حمل

خبر محمد(۴)قال: «سأل عن السیف المحلی و السیف الحدید المموه بالفضه نبیعه بالدراهم قال: نعم و بالذهب و قال: انه یکره أن تبیعه نسیئه؛ و قال: إذا کان الثمن أکثر من الفضه فلا بأس»

علی إراده الحرمه من الکراهه لو کان البیع بالنقد؛ و فی التهذیب بع بالذهب، مکان نعم و بالذهب، و لعله أولی؛ و یکون قوله أخیرا إذا کان الی آخره تقییدا للجواز بالدراهم.

و علی کل حال فمقتضی إطلاق النصوص المزبوره و ما شابهها من الفتاوی المتضمنه لوجوب نقد ما یقابل الحلیه لو کان الثمن نقدا فی المجلس و تأجیل ما عداه؛ جریان حکم الصرف علیه إذا بیع بالأثمان، و لو ضم إلیها غیر ثمن فیقبض ما یقابل الحلیه

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الصرف الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الصرف الحدیث ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الصرف الحدیث ۱۰.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الصرف الحدیث ۴.

منها و يؤخر الباقى ان شاء، بل صرح به فى الدروس فقال: «لو جمع بين الربوى و غيره فى عقد جاز فان كان مشتملا على أحد النقدين، اشترط قبض ما يوازيه فى المجلس» و هو مؤيد لما ذكرنا سابقا من أن المراد بانصراف كل جنس الى ما يخالفه عدم الربا خاصه، لا أن ذلك جار فى غيره من الاحكام التى منها الصرف، فلا يجب التقابض؛ لانصراف كل الى ما يخالفه؛ فلا يكون من الصرف الذى هو بيع الأثمان بعضها ببعض، و الله أعلم هذا.

و قد عرفت فيما تقدم أنه يجب العلم بكثره الثمن إذا كان من جنس الحليه عليها؛ وفاقا للدروس و الروضه و غيرهما؛ و ظاهر الباقين، و لا- يكفى الظن احتياطا من الربا؛ و للشك فى شرط الجواز هنا، و لغير ذلك، لكن فى اللمعه هنا «و حليه السيف و المركب يعتبر فيهما العلم ان أريد بيعها بجنسها فان تعذر كفى الظن الغالب» و فيه ما عرفت سابقا فلاحظ و تأمل.

[المسأله الثامنه لو باع ثوبا بعشرين درهما من صرف العشرين بدينار لم يصح]

المسأله الثامنه لو باع ثوبا بعشرين درهما مثلا من صرف العشرين بدينار لم يصح لجهالته كما عن المبسوط التصريح به أيضا قال: «إذا اشترى ثوبا بماءه درهم من صرف عشرين درهما بدينار لم يصح الشراء، لان الثمن غير معين و لا موصوف بصفه تصيره معلوما» و فيه ان المتجه الصحه مع عدم الجهاله؛ و دعوى لزومها له ممنوعه و من هنا قيد البطلان فى القواعد بتعدد الصرف بالسعر المذكور أو جهله، و قال فى الدروس: «صح مع العلم لا مع الجهل» و فى المختلف «إطلاق الشيخ ليس بجيد، لان مع وجود دراهم صرفها ذلك يصح البيع» و قد يستفاد من تعليل المتن التقييد أيضا، لكن فى المسالك «ان تعليله المنع بالجهاله يقتضى إثباتها و ان وجد فى المعامله نوع صرفه ذلك و علم به»

قلت: بهذا التعميم صرح فی التذکره، حتی قال: «لو کان نقد البلد صرف العشرین بدینار لم یصح أیضا لأن السعر یختلف، و لا یختص ذلک بنقد البلد» و فیه ان المانع من الصحه انما هو جهل الدراهم، و هی علی هذا التقدیر معلومه، و الإطلاق منزل علی نقد البلد أو الغالب ان تعدد فمتی کان نقد البلد معینا لذلک الصرف؛ أو الغالب و عین نوعا بذلک صح، کما أنه یصح مع فرض العلم فی غیرهما أیضا، و تعدد أفراد العشرین بالصرف المزبور إذا لم یختلف الغرض باختلافها غیر قادح، إذ هو کأفراد کلی الدرهم مثلا، و الحاصل هذه المسأله جزئیه من مسائل الجهل و العلم، فیدور الحکم فی الصحه و الفساد علیهما، و لعله مراد الشیخ من إطلاقه، کما أن إطلاق بعض من انتقد علیه کذلک، و الأمر سهل بعد وضوح الحال.

[المسأله التاسعه لو باع ماءه درهم بدینار الا درهما لم یصح]

المسأله التاسعه لو باع ماءه درهم بدینار الا درهما منه لم یصح بلا خلاف أجده للجهاله بالدینار أو الدرهم أو نسبه الدرهم الی الدینار، لعدم تحققها باعتبار عدم ضرب السلطان قیمه للدینار؛ أو لعدم علم المتعاقدین بها، بل لو علم أن الدرهم یساوی ربع مثقال من الدینار؛ الا أنه لم یعلم نسبته الیه لعدم العلم بوزن الدینار، یمکن البطلان أیضا للجهاله، و فیه وجه بالصحه مع عدم علم الاستغراق، بل و فی سابقه و ان کان ضعیفا، اما لو علم ذلک و علم وزن مجموع الدینار الا أنه لم یستحضر النسبه، أنها ربع أو أکثر أو أقل فالأقوی الصحه فیه.

و کذا الحکم لو کان ذلک ثمنا لما لا ربا فیه ضروره بناء المسأله علی العلم و الجهل الذین یعمان کل بیع، و قد

روی السکونی (۱)عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام «فی رجل یشتری السلعه بدینار غیر درهم الی أجل، قال: فاسد؛ فلعل الدرهم

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۳ من أبواب أحکام العقود الحدیث ۲.

يصير بدينار»

و مقتضى التعليل فيه بل و القواعد أنه لو اشتراه مستثنيا منه الدرهم، فى وقت العقد و كان معلوم النسبه عندهما صح، و لو كان

نسيئه، بل هذا هو مراد الإسكافى فيما حكى عنه، لو باع ثوبا بماءه درهم غير دينار نقدا جاز؛ فان باعه نسيئه لم يصح البيع. لانه لا يعلم قدر الدينار من الدرهم وقت الوجوب، و كذا كل ما اختلف جنساه.

كما أن ما عن الشيخ فى المبسوط يجب حمله على عدم علم المتعاقدين حال العقد؛ قال: «إذا اشترى ثوبا بماءه درهم الا دينارا، أو بماءه دينار الا درهما لم يصح، لان الثمن مجهول، لانه لا يدرى كم حصه الدرهم من الدينار، و لا حصه الدينار من الدرهم الا بالتقويم و الرجوع الى أهل الخبره، و نحوه عن ابن البراج و الكراهه فى

خبر حماد بن ميسر «عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه كره أن يشترى الثوب بدينار غير درهم، لانه لا يدرى كم الدينار من الدرهم»

يراد به الحرمه أو أنه لا يعلم خصوص الثلث و الربع مثلا، نحو

خبر وهب عن جعفر «عن أبيه عليه السلام أنه كره ان يشترى الرجل بدينار الا درهما أو إلا درهمين نسيئه، و لكن يجعل ذلك بدينار الا ثلثا، و الأربعاء و الا سدسا، أو شيئا يكون جزءا من الدينار»

و منه و من غيره يعلم أنه لو قدر قيمه الدرهم من الدينار بجزء مشاع فاستثناها جاز لارتفاع الجهاله بل لو قال استثنى الدرهم مع العلم منهما بما يخصه من الدينار. فهو كنايه عن اراده استثناء ذلك الجزء صح، بل لو لم يستحضر النسبه إلا أنهما يعلمانها بأدنى التفات لم يبعد الجواز لارتفاع الجهاله و الله أعلم.

[المسأله العاشره لو باع خمسه دراهم مثلا بنصف دينار قيل كان له شق دينار]

المسأله العاشره: لو باع خمسه دراهم مثلا بنصف دينار مثلا قيل: و القائل الشيخ و غيره بل لا أجد فيه خلافا صريحا كان له شق دينار بمقتضى الحقيقه اللغويه و لا يلزم المشترى شق صحيح لعدم كونه شق دينار حقيقه، و انما هو نصف مثقال يساوى شق دينار الا ان يشترط أو يريد بذلك (۱۱) الصحيح من نصف المثقال عرفا (۱۲) فان لم يكن عرف أو شرط أو قرينه حمل على الحقيقه

كما هو الضابط، لكن عن التذكره البطلان مع عدم التعيين إذا اختلفت العرف، للجهاله، و فيه منع إذا لم يصل على حد لاشتراك و كذا الحكم في غير الصرف ضروره ابتناء المسأله على ما لا يخصه.

و على كل حال فلو اشترى منه مبيعا آخر بنصف دينار فعليه شقان؛ فان بذل له دينارا صحيحا زاده خيرا و لو شرط عليه في العقد الثاني إعطاء صحيح عنهما صح؛ لعموم

«المؤمنون عند شروطهم»(۱)

السالم عن معارضه مقتضى البطلان من الجهاله و غيره سواء لزم العقد الأول أولا، خلافا للمحكى في المختلف عن مبسوط الشيخ فأبطل الثاني خاصه إذا كان الأول قد لزم و انقطع الخيار بينهما فيه، معللا له بأنه لم يرض بأن يكون ثمن الثوب الثاني نصف دينار حتى يزيد في ثمن الثوب الأول، فيجعل المكسور من دينار صحيحا، و هذه الزياده لا تلحق بالأول لابرامه، و لأن الزياده مجهوله، فيكون الثمن في الثوب الثاني مجهولا فيبطل، و ان كان العقد الأول لم يلزم لبقاء الخيار فيه بينهما فسدا معا، لأن زياده الصفه منفرده عن العين مجهوله، فلا يصح إلحاقها بالثمن فلم تثبت فلم يرض بكون النصف دينار ثمنا حتى يكون معه هذه الزياده في ثمن الثوب الأخر فصار الثمن مجهولا، و فيه بعد تجشم توجيه استدلاله، خصوصا الثاني، بإراده الفسخ حيث لم يرض الا بذلك المتعذر، منع الجهاله، و منع عدم صحه لحوقها الأول، و ان كان قد أبرم، إذ حاصله تعيين فرد من أفراد الدفع بالشرط، و لا مانع منه كما هو واضح، هذا و قد وقع فيما حضرني من نسخه الدروس خلل في النقل عن الشيخ حيث حكى عنه عكس ما ذكرنا فلاحظ و تأمل.

و أما حكم تراب الصياغه المجتمع فيه غالبا من الذهب و الفضه و الرصاص و غيرها، فقد مر ما يستفاد منه حكمه في تراب المعدن و في الأواني و غيرها،

۱- ۱ الوسائل الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۲ و باب ۲۰ من أبواب المهور الحديث- ۴.

إذ لا ـ فرق بين الجميع فی ذلک ف يباع حينئذ بالذهب و الفضه مثلا ـ معا أو بعوض غيرهما و بأحدهما مع القطع بزيادته على مجانسه، أو بضم جنس آخر من نحاس أو غيره عليه؛ و الأمر ببيعه بالطعام فی الخبرين الآتيين (۱)دفعا لكلفه مشقه تحصيل العلم بالزياده لو أريد بيعه بأحد الجوهرين لا أنه يتعين ذلک فيه للإجماع على خلافه.

انما الكلام فی حكمه باعتبار أنه مجتمع من مال الناس غالبا- و ظاهر المتن و غيره بل قيل انه لا خلاف فيه أنه مجهول المالک فيتصدق به أو يباع ثم يتصدق به لأن أربابه لا يتميزون غالبا و لو فی محصور

قال على بن ميمون الصائغ (۲)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكنس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به؛ فاما لک و إما لأهله، فقلت له: فان كان فيه ذهب و فضه و حديد فبأی شی ء أبيعه؟ قال: بعه بطعام، قلت: فان كان لی قرابه محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم»

و

فی خبره الآخر(۳)«سألته عن تراب الصواغين و انا نبيعه، قال: أما تستطيع ان تستحله من صاحبه قال: قلت لا، إذا أخبرته اتهمنی، قال:

بعه، قلت: فبأی شی ء نبيعه؟، قال: بطعام، قلت: فأی شی ء أصنع به، قال: تصدق به، إما لک، و اما لأهله، قلت: ان كان ذا قرابه محتاجا فأصله قال: نعم».

الا أن الأخير منهما مناف لما صرحوا به، من غير خلاف يعرف بينهم فيه، من أنه ان علم صاحبه و لو فی محصور وجب التخلص منه، و خوف التهمه لا تبيح التصرف فی مال الغير، سيما مع إمكان إيصال حقه اليه؛ أو الاستحلال منه، بوجه لا يوجب التهمه، فميل بعض المحدثين الى العمل بالخبر المزبور- الذی يمكن دعوى الإجماع على خلافه- فی غير محله، فلا بد من طرحه، أو يقال ان السيره المستفيضه المعلوم كشفها على اعراض المالک عن ذلک فی الصياغه و الخياطه و الحداده و غيرها، و الا فلا ينكر أن الغالب معرفه الصاحب جميعهم أو كثير منهم و لا أقل عند الفراغ من العمل، فيتجه وجوب الاستحلال منه عنده

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب الصرف ۱ ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب الصرف الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۶ من أبواب الصرف الحديث ۲.

كما اعترف به فى الروضه، مع أنه لم يعرف من أحد منهم و فيهم الثقات و الأبرار استحلال نحو ذلك أو إخباره به، و ليس فى الخبرين المزبورين اشاره اليه، فيمكن بناء ذلك على ظهور الاعراض؛ الا أنه لما كان يمكن أن لا يكون معرضا استفهم الامام عليه السلام عن ذلك، لإراده كمال الاحتياط، و حيث أن السائل أجابه بخوف التهمه رجح الأخذ بالظاهر المزبور و الاعراض عن الاحتياط المستحب، بل لعل

قوله عليه السلام فيها «اما لك أو لأهله»

يومى الى ذلك، أيضا بناء على أن المراد به هو لك ان كان ظهور الاعراض كذلك فى الواقع، و الا فهو لأهله، لعدم الاعراض فى الواقع، و ان كان هو الظاهر من حال المالك، لا أن المراد به لك ان ظهر المالك و لم يرض بالصدقه، و الا فهو لأهله، كما صرح به بعضهم، بل جعلوه مؤيدا للقول بالضمان لو تصدق بمجهول المالك، ثم ظهر صاحبه و لم يرض بالصدقه الذى منشأه عموم ما دل على ضمان ما أخذت اليد خرج منه ما إذا رضى الصاحب، أو استمر الاشتباه، بالإجماع فيبقى الباقى.

و فيه منع تناول العموم لمثل المقام المأمور شرعا بالتصدق به، الظاهر فى وقوع الصدقه عن المالك؛ و أنها طريق الإيصال إلى المالك بعد تعذر غيرها، لحصول اليأس منه فلو سلم أن المراد بأخذ اليد ما هو أعم من العدوان و أن الاذن الشرعيه لا تنافى الضمان، أمكن دعوى خروج المقام من الأول و ظهور عدم الضمان من الأمر بالتصدق به الظاهر فيما عرفت، و من هنا قيل بعدم ترتب الضمان فى التصديق بمجهول المالك، و هو لا يخلو من قوه، و حينئذ فحمل الخبر عليه كما ترى، خصوصا بعد منافاه ذلك للقواعد المعتبره التى لا يصلح الخروج عنها بمثل ذلك، على أن الغالب كما عرفت عدم جهل الصاحب، بل اعترف السائل بمعرفته؛ الا أنه لم يستحله لخوف التهمه؛ و حمله على اراده التقصير بذلك من أول الأمر ثم جهله تهجس يأباه الظاهر، فالأولى القول بأن مخرج الخبرين ما قلنا.

و حينئذ فلا ينبغى استفاده بعض أحكام مجهول المالك منهما، و كما عساه يظهر من

بعضـهم؛ فخير بين الصـدقه بعين المجهول كما هو مقتضـى الأمر بها فى نصوصه، أو بقيمته للخبرين السابقين؛ إذ فيه ما عرفت، و المناقشه فيه بأن الإعراض ما لم يعلم لا يجوز نيه التملك بالمعرض عنه، و إذا علم لم يبق احتمال البقاء على الملك، يـدفعها منع اعتبـار العلم بمعنى اليقين فيه، بـل يكفى فيه ظهـور ذلـك من المالـك و لو من فعله؛ كـترك المسـافر حطبه و علف دابته و نحو ذلـك، بـل عن الكفـايه نفى البعـد عن الاكتفاء فيه بالظن، مع عـدم قضاء العاده على خلافه، و لعله يريـد ما ذكرنا؛ فحينئـذ يتجه استحباب الاحتياط بالصدقه به، اما له أو لأهله ان لم يكن إجماع على الوجوب.

و كـذا المنـاقشه فى أصـل التملـك بالاـعراض و ان علم، كمـا فى الريـاض قال: «ان كان إجماع و الا فللنظر فيه مجال، حيث لم تنهض حجه على انتقال الملك، و جواز التصـرف بمجرد نيه الاعراض، مضافا الى إطلاق الخبرين بالتصـدق؛ إذ يكفى فى دفعها السيره القطعيه المؤيده برجوع الإعراض إلى إباحه التملك لمن يريد تملكه، فتأمل هذا.

و ربمـا يقـال- فى خصوص المقـام من جهه النص و الفتوى المشـتملين على الأـمر بالصـدقه به، مع عـدم كونه مجهول المـالك بالنسـبه إلى أغلب افراده، و لو فى جمله و لاـ اعراض محقق، و كون المتعـارف فى الصاغه أنه يصوغ لنفسه و لغيره، و تقع أجزاء منهمـا- أن هـذا موضوع خـاص أمر بالصـدقه فيه عمن هو له سواء كـان الصـائغ أو غيره، و حينئـذ فلا يسـتفاد منه حكم مجهول المالك، و لا يجرى عليه حكم الاعراض.

ثم انه بناء على أن المقام من مجهول المالك ذكر بعضـهم أن مصـرف هـذه الصدقه مصـرف الصدقات الواجبه، و مقتضاه المنع مـن إعطـائه الغنى و الهاشـمى، و من وجبت نفقته، بنـاء على منعهمـا منهـا، و غير ذلـك من أحكامهـا. و فيه أنهـا غير واجبه على المالك، بل هى مندوبه بالنسبه اليه؛ و ان وجبت على من فى يده فالمتجه جريان أحكام المندوبه عليها.

نعم قـد يقال بانصـراف الإطلاق إلى إراده الفقراء و المساكين هنا، و قـد سـمعت ما فى الخبرين من إعطائها القرابه المحتاج، بل فى الرياض «لا خلاف بين الأصحاب فيه و فى

جواز الإعطاء للعيال إذا كانوا بصفه الاستحقاق» و لعله للإطلاق، و لفحوى الجواز فى دفع الزكاه ليفرقها؛ و يستفاد منه جواز أخذه منه لنفسه مع الشرط المذكور ان قلنا بذلک ثمه؛ لو دفعت اليه للصرف للفقراء و أهل المسكنه و هو بصفتهم، و لا ريب أن الأحوط الصدقه به على غيره، بل لا يخلو القول به إذا كان هو المتصدق من نظر، أما لو دفعه الى الحاكم فتصدق به عليه أمكن الجواز؛ و لتحقيق الحال فى حكم مجهول المالک مقام آخر و الله أعلم.

[المسأله الحاديه عشر يجوز التصارف بما فى الذمم]

المسأله الحاديه عشر يجوز التصارف بما فى الذمم إذا كان حالا و مختلف الجنس، بناء على أنه ليس من بيع الدين بالدين الممنوع منه، و أنه يختص ببيع الكالى بالكالى أى المؤجل بالمؤجل، فلو كان لواحد على الأخر ذهب مثلا، و للآخر عليه دراهم فتصارفا بما فى ذممهما صح؛ و لا يحتاج الى تقابض فعلى، لما عرفت من أن ما فى الذمه مقبوض،

قال عبيد بن زراره(۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الصيرفى ماءه دينار؛ و يكون للصير فى عنده ألف درهم فيقاطعه عليها؛ قال: لا بأس»

لكن استشكل فيه فى القواعد بل عنه فى التحرير و ولده فى الإيضاح الجزم بالعدم كالدروس لانه بيع دين بدين.

نعم قال فى الأخير «و لو تهاترا احتمل الجواز» قلت: بل هو قوى لعدم دليل على كون الوفاء من البيع، بل ظاهر الأدله خلافه، مؤيدا بعدم قصد البيع و الشراء؛ و عدم المحافظه على أحكامه، إذ قد يقبض وفاء ما لا يعرف قيمته وقت القبض، فما عساه يظهر من المحكى عن الشيخ فى بحث المكاتبه من أن الوفاء بيع يمكن منعه، و حينئذ يمكن حمل خبر عبيد عليه، فلا يكون دالا على جواز التصارف.

اللهم الا أن يستدل بالطلاق نفى البأس فيه مع عدم الاستفصال فيه، و لو كان ما فى الذمم متحد الجنس و الصفه حصل التهاتر قهرا من غير حاجه الى صرف و لا الى تراض بالتهاتر بلا

خلاف أجده فيه، سوى ما عن التذكره فجعله كمختلف الجنس، و مقتضاه عدم

۱- ۱ الوسائل الباب ۴ من أبواب الصرف الحديث ۳.

التهاتر قهرا؛ و فيه أن اعتبار تشخيص الدافع و قبض المدفوع متجه إذا لم يكن المدفوع نفس ما ملكه المدفوع اليه؛ أما إذا كان كذلك فلا يحتاج الى تراض، لانه يكون كوصول عين ماله إليه؛ إذ الفرض أن المديون قد ملك على الديان ما ملكه عليه أو لا من كلى العشره فى ذمته مثلا، فالأولى اختصاص فرض المصارفه فى المختلف، هذا.

و فى القواعد و غيرها و يجوز اقتضاء أحد النقدين من الأخر و يكون صرفا بعين و ذمه، قلت: لا بأس به إذا وقع بصيغه البيع، و قبض العوض فى المجلس العقد؛ أما إذا دفعه وفاء فقد تقدم أنه ليس بصرف، لان الوفاء ليس بيعا و

خبرى الحلبى (۱)لا دلاله فيهما على ذلك، قال فى أولهما: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عليه دنانير فقال: لا بأس أن يأخذ قيمتها دراهم»

و

قال فى ثانيهما(۲)«سألته أيضا عن الرجل يكون له الدين دراهم معلومه إلى أجل، فجاء الأجل و ليس عند الرجل الذى عليه الدراهم، فقال: خذ منى دنانير بصرف اليوم؟ قال لا بأس به».

و نحوهما خبر أبى عتاب (۳)بل النصوص المعتبره- التى أفتى بمضمونها غير واحد من الأصحاب، المتضمنه لاحتساب السعر يوم القبض- ظاهره أو صريحه فى كون الوفاء ليس بيعا؛

قال إسحاق بن عمار(۴)«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه المال فيقضينى دنانير و بعضا دراهم، فإذا جاء يحاسبنى ليوفينى قد تغير سعر الدنانير، أى السعرين أحسب له الذى كان يوم أعطانى الدنانير، أو سعر يوم الذى أحاسبه؟ فقال: سعر يوم أعطاك الدنانير، لأنك حبست منفعتها عنه».

و

قال أيضا(۵)قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: «الرجل يكون له على الرجل الدنانير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قال: فهى له على السعر الذى أخذها منه يومئذ، و ان أخذ

۱- ۱ الوسائل الباب ۳ من أبواب الصرف الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳ من أبواب الصرف الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب من أبواب الصرف الحديث ۵ لكن عن زياد ابن أبى غياث.

۴- ۴ الوسائل الباب ۹ من أبواب الصرف الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب ۹ من أبواب الصرف الحديث ۳.

دنانیر فلیس له»

(و

فی الفقیه)(۱)«و لیس له دراهم عنده فدنانیره علیه یأخذها برؤوسها متی شاء»

یعنی وقع الفضل بینهما بأخذه أو لإمکان دنانیره، ثم أخذ دنانیر ثانیا بعد ذلک،

فلیس للمعطی أن یجعلها فی مقابله دنانیره التی کانت له علیه أولا، و یطلب منه دراهمه، إذ لا دراهم له علیه حینئذ، بل لیس له الا دنانیره التی أعطاها ثانیا یأخذها متی شاء، و

روی إبراهیم بن میمون (۲)«عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یکون له علی رجل دراهم، فیعطیه دنانیر و لا یصارفه، فیصیر الدنانیر بزیاده أو نقصان، قال: له سعر یوم أعطاه»

و

قال عبد الملک بن عتبه الهاشمی(۳): «سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل یکون عنده دنانیر لبعض خلطائه، فیأخذ مکانها و رقا فی حوائجه، و هی یوم قبضت سبعه، و سبعه و نصف بدینار، و قد یطلب صاحب المال بعض الورق و لیست حاضره فیبتاعها له من الصیرفی بهذا السعر و نحوه، ثم یتغیر السعر قبل أن یحسبا حتی صار الورق اثنی عشر درهما بدینار فهل یصلح ذلک له، و انما هی بالسعر الأول من یوم قبضت کانت سبعه و سبعه و نصف بدینار؟ قال: إذا دفع الیه الورق بقدر الدینار فلا یضره کیف الصروف و لا بأس».

و نحوه خبر إبراهیم بن عبد الحمید(۴)المراد أنه إذا کان دفع الیه الورق بقدر الدینار ثم تغیر السعر فلا یضره تغیر السعر، و لا عدم المحاسبه، فإنه یحاسب علی السعر الأول، و علی کل حال فهی صریحه فی أعمیه الدفع وفاء من البیع» نعم لو دفع الیه ذلک لا علی جهه

الوفاء بل کان قرضا أو أمانه أو نحو ذلک احتسبت له سعر یوم المحاسبه وفاء کما هو واضح و الله اعلم.

۱- ۱ الفقیه ج ۳ ص ۱۸۴ الحدیث ۸۲۹ الطبع الحدیث.

۲- ۲ الوسائل الباب ۹ من أبواب الصرف الحدیث ۵ لکن عن یوسف ابن أیوب شریک إبراهیم بن میمون.

۳- ۳ الوسائل الباب ۹ من أبواب الصرف الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب ۹ من أبواب الصرف الحدیث ۴.

[الفصل الثامن فی بیع الثمار]

اشاره

(الفصل الثامن فی بیع الثمار) و تمام الکلام فیها یتوقف علی النظر فی ثمره النخل و الفواکه و الخضر و اللواحق

[أما النخل]

أما النخل فلا یجوز بیع ثمرته قبل ظهورها عاما إجماعا بقسمیه، بل المحکی منهما متواترا کالنصوص و لذا نسبه بعضهم، إلی الضروره، فمن الغریب ما فی الحدائق من الجزم بالصحه، تمسکا بصحیحی ربعی و الحلبی الآتیین (۱)اللذین لا صراحه فیهما فی ذلک، لاحتمال اراده بیع السنتین بعد الظهور، قبل البدو، و صحیح برید بن معاویه(۲)الاتی الذی لا بد من طرحه أو تأویله، بإراده البدو من الطلوع فیه، أو بحمل العام فیه علی ما کان فی ضمن العامین.

و أغرب منه حمل نصوص المنع- الموافقه للأصول السلیمه، ضروره کون الثمره معدومه لا تصلح للنقل قبل وجودها؛ إذ المبیع لا بد أن یکون موجودا- علی التقیه أو الکراهه، ثم قال: و الی هذا یمیل کلام جمله من محققی المتأخرین کالمحقق الأردبیلی و الفاضل الخراسانی؛ لکن لا یخفی علیک أن ذلک کله غیر قادح فی تحصیل

الإجماع؛ بعد أن علم أن صدور ذلک منهم من اختلال الطریقه، نسأل الله تعالی العفو و العافیه عن ذلک و غیره، و ما صدر عن الشیخ فی المحکی عن کتابی الاخبار من الجمع بالکراهه، انما هو مجرد جمع لا فتوی، و علی تقدیرها فهی شاذه أیضا مع أن عبارته محتمله لصوره ما بعد الظهور قبل البدو، بل قیل: انه الذی تشعر به عبارته بعد ضم بعضها الی بعض، و لذا نسب جماعه القول بالکراهه إلیه فی المسأله الاتیه دون هذه المسأله.

نعم فی جواز بیعها کذلک عامین فصاعدا تردد و خلاف، فالمشهور نقلا و بین المتأخرین تحصیلا، العدم أیضا، للانعدام، فضلا عن الغرر و الجهاله، و للإجماع فی السرائر بل قال فیها: «و قد اشتبه علی کثیر من أصحابنا ذلک، و یظنون أنه یجوز بیعها

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۴ ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱.

سنتین و ان کانت فارغه لم تطلع بعد وقت العقد، و هذا خلاف ما یجدونه فی تصانیف أصحابنا و خلاف إجماعهم و أخبار أئمتهم و فتاواهم» و لمفهوم خبر ابی بصیر(۱)و خبر أبی الربیع (۲)و إطلاق موثق سماعه(۳)أو عمومه و صحیح الحلبی (۴)و غیرها من النصوص التی تسمعها فیما یأتی و منها النصوص التی علقت الجواز علی الإطعام و البلوغ و الإدراک و بدو الصلاح خلافا للصدوق.

و ربما أشعر قول المصنف و المروی فیما یأتی من صحیح یعقوب (۵)و صحیح سلیمان (۶)و خبر أبی بصیر الأخر(۷)و صحیح الحلبی (۸)و صحیح ربعی (۹)و صحیح علی بن جعفر(۱۰)کما فی الحدائق الجواز، بل فی صحاح یعقوب و الحلبی و علی بن جعفر تعلیله بأنه ان لم یخرج هذه السنه خرج من القابل، و بها تقطع الأصول و العمومات و یخص الإطلاق فی الاخبار المقابله، و الا طرحت لرجحانها علیها بالصحه فی السند و الکثره فی العدد، و الصراحه فی الدلاله، و الاشتمال علی التعلیل؛ و غیر ذلک، و إجماع ابن إدریس مردود علیه بما عن غایه المراد للشهید، من أن الأصحاب لم یذکروه صریحا و لا تعرض للمنع إلا جماعه منهم، و نحو ذلک فی المختلف، و فی مفتاح الکرامه لیس فی المقنعه و النهایه و المبسوط و المراسم و الوسیله و الغنیه و کشف الرموز ذکر و لا تصریح بجواز و لا منع، و لم ینقل احد ذلک عن الحسن و أبی علی و القاضی و النقی، بل لم أجد من صرح بالمنع قبل الفاضل.

قلت: هو کذلک فی جمله من کتبه لکن ظاهره أو صریحه فی التذکره الجواز و ان احتمل المنع قویا فیها، و فی الحدائق أنه حکاه بعض عن الشیخ أیضا، بل قد سمعت اعترافه فی السرائر بأن القائل به کثیر، لکن ادعی علیهم الاشتباه، و من هنا مال جماعه من متأخری

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱۰.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب ۲ من أبواب الثمار الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب ۲ من أبواب الثمار الحدیث ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۸.

۶- ۶ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۹.

۷- ۷ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱۰.

۸- ۸ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۲.

۹- ۹ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۴.

۱۰- ۱۰ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۲۱.

المتأخرين إلى الجواز، بل هو ظاهر الشهيد الثانی، و فی جامع المقاصد انه لا یخلو من قوه؛ لکن قد یناقش باحتمال الطلوع فی صحیح یعقوب بدو الصلاح و یکون المراد من قوله ان «لم یحمل الی» آخره ان خاست، و هو و ان بعد؛ الا ـ أنه أولی من ارتکاب التأویل فی النصوص المقابله المعتضده بالشهره؛ و محکی الإجماع الذی لا یقدح فیه ما سمعت عند التحقیق، و قاعدتی المعدوم و الغرر و الجهاله، مع أنه قد یستأنس لحمل الطلوع فیه علی البلوغ، ملاحظه الصحیح الآخر(۱)حیث اشترط فیه نفی البأس عن الشراء ثلاث سنین بوقوعه قبل البلوغ، و جعله المعیار له دون غیره، مع تضمنه التعلیل المزبور فی صدره، و لو کان المعیار الظهور لکان تبدیل البلوغ به أولی کما لا یخفی.

و منه یظهر الجواب عن غیره الذی جعل غایه الجواز فیه الإطعام الذی هو عباره عن الإدراک؛ و عن الصحاح: أطعمت النخله إذا أدرک ثمرها، و أطعمت البسره أی صار لها طعم». کل ذلک مضافا الی ما تسمعه فی صحیح سلیمان بن خالد(۲)منها، بل التعارض بین کثیر منها و بین غیرها بالعموم من وجه. ضروره شمولها لصورتی عدم الطلوع و عدم الصلاح، کما أن غیرها شامل للعام و العامین و قد سمعت رجحانها علیها بالشهره و غیرها، لکن الانصاف بعد ذلک کله أن الجواز لا یخلو من قوه و ان کان الأحوط خلافه، ثم علی تقدیر العدم

فالظاهر مساواه غیر البیع من النواقل له فی عدم الجواز؛ لعدم صلاحیه المعدوم للنقل.

نعم یتجه جوازه بالشرط، قال فی التنقیح: «کل موضع قلنا لا یصح البیع فیه؛ یصح ان یجعل من شروط التملک فی عقد آخر» قلت: لعموم أدله الشروط التی لا تستدعی ملکا فعلیا للمشترط، و منه ینقدح قوه الجواز فی الصلح أیضا، و ربما تسمع فی بابه زیاده تأیید إنشاء الله تعالی، لکن قد یشکل فی خصوص الشرط، لاقتضائه الغرر المنافی لعقد البیع، و لو فی شرطه؛ کما حققناه فی محله.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۹.

و أما الجواز مع الضميمه حتى فى العام الواحد فهو و ان دلت عليه

موثقه سماعه(۱)قال «سألته عن بيع الثمره هل يصلح شراؤه قبل أن يخرج طلعها؟ قال: لا الا ان يشترى معها شيئا غيرها رطبه أو بقلا فيقول: أشترى هذه الرطبه و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا، فان لم تخرج الثمره كان رأس مال المشترى فى الرطبه و البقله»

الا أنها مقطوعه و معارضه بإطلاق الأدله و معاقد الإجماعات و غيرها، بل فى المسالك «ان المشهور المنع مع الضميمه، حيث لا تكون هى المقصوده بالبيع، لانه غرر.

و من هنا حمل بعضهم الموثق المزبور عن المقصوده، وفاقا للتذكره، و ربما أشعر به ما فى ذيل الروايه من التعليل، بناء على

الغالب من عدم دفع الثمن فى مثل هذه الصوره إلا بعد أن تكون الضميمه المقصوده، و كان ذلك منه إرجاع منه للمقام إلى قاعده ضم المعلوم الى المجهول، و لو سلمت لهم فيه أمكن منعها هنا، باعتبار انعدام المنضم، الا أن يكون على جهه الشرطيه، و ربما تسمع لذلك تتمه إنشاء الله تعالى.

و يجوز بيعها بعد ظهورها و بدو صلاحها إجماعا أو ضروره عاما واحدا أو عامين بشرط القطع و بغيره منفرده و منضمه إلى المقصود بالبيع و غيره، و لا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها عاما الا أن يضم إليها ما يجوز بيعه عند الأكثر نقلا أو بشرط القطع أو عامين فصاعدا أو بيعت على مالك الأصل عند الفاضل و حينئذ لو بيعت عاما من دون الشرط الثلاثه أو الأربعه قيل و القائل الإسكافى و الصدوق فى المقنع و التقى و المفيد على ما عن بعض نسخ المقنعه و الطوسى و القاضى و ابن حمزه و الفاضل فى كتبه على ما حكى عن بعضهم لا يصح بل عن صريح المبسوط و الخلاف أو ظاهرهما و الغنيه الإجماع عليه.

و قيل (۱۱) و القائل الشيخ فى التهذيبين و الحلى و الآبى و الفاضل فى جمله من كتبه و ولده و الشهيدان و الكركى و القطيفى و الميسى على ما حكى عن بعضهم أيضا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۱.

يصح، و لكن صرح كثير منهم بأنه يكره، و قيل و القائل المفيد و سلار و الآبى على ما عن الأخيرين، أنه يراعى فى الصحه و عدمها السلامه و عدمها و الظاهر أن مرجعه الى القول الثانى إذ فيما حضرنى من نسخه المقنعه «يكره بيع الثمار سنه واحده قبل أن يبدو صلاحها: الى أن قال فى آخر المبحث: و إذا خاست الثمره المبتاعه قبل ظهورها كان للبائع قدر ما غلت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن»، و مراده بالظهور قبل بدو الصلاح، كما هو المحكى عنها أيضا و على كل حال فهو حكم آخر مبنى على أنه مبيع تلف قبل قبضه، كما تسمع البحث فيه عند تعرض المصنف له، و لعله لذا جعل فى المختلف المسأله ذات قولين، ناصا على أن المفيد و سلار ممن قال بالجواز.

و على كل حال ف الأول أظهر، ل

صحيح سليمان بن خالد(١)عن الصادق عليه السلام «لا تشترى النخل حولا واحدا حتى يطعم، و ان كان يطعم إن شئت أن تبتاعه سنتين فافعل»

و فى الوافى بعد أن رواه عن التهذيب قال: «الظاهر سقوط لفظ لم» و ربما أيد بأن الموجود

فى الاستبصار «و ان شئت أن تبتاعه»

ك موثق أبى بصير(٢)قلت يمكن صحته على ذلك أيضا، و عن بعض النسخ المعتمده بغير واو و فى حواشى المجلسى كان المراد منه ان كان يعلم عاده أنه يطعم بعد ذلك، و على نسخه عدم الواو، فالمراد ان كان النخل من شأنه أن يطعم بأن يكون مضى من زمان غرسه خمس سنين مثلا، و يمكن ان يكون المراد إذا كان

من نيتهما أن يطعم، أى لم يشتره بشرط القطع.

و

خبر أبى الربيع عنه (٣)أيضا «كان أبو جعفر عليه السلام يقول إذا بيع الحائط فيه النخل و الشجر سنه واحده فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته، و إذا بيع سنتين أو ثلاثا فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شى ء من الخضره»

و

خبر على بن أبى حمزه(۴)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى بستانا فيه نخل ليس فيه غير بسر أخضر، فقال: لا حتى يزهو، قلت:

و ما الزهو، قال: حتى يتلون»

و

حسن الوشاء(۵)«سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النخل

۱- ۱ التهذيب ج ۷ ص ۸۸ الحديث ۳۷۴ الاستبصار ج ۳ ص ۸۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۱۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۳.

إذا حمل؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يزهو، قلت: و ما الزهو جعلت فداك؟ قال: يحمر و يصفر و شبه ذلك»

و

خبر محمد بن شريح (۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثمره نخل سنتين أو ثلاثا و ليس فى الأرض غير ذلك النخل، قال: لا يصلح إلا سنه و لا تشتره حتى يبدو صلاحه».

و

صحيح على بن جعفر(۲)المروى عن كتابه «سأل أخاه عن شراء النخل سنه واحده أ يصلح؟ قال: لا يشترى حتى يبلغ: قال: و سألته عن شراء النخل سنتين أ يحل.

قال: لا بأس، ان لم يخرج العام خرج القابل.»

و فى

خبر المناهى (۳)نهى عليه السلام أن تباع الثمار حتى تزهو يعنى تصفر أو تحمر»

و

موثق عمار(۴)عن الصادق عليه السلام «سئل عن الفاكهه متى يحل بيعها؟ فقال: إذا كانت فاكهه فى موضع واحد فأطعم بعضها فقد حل بيع الفاكهه كلها و إذا كان نوعا واحدا فلا يحل بيعه حتى يطعم، فان كان أنواعا متفرقه فلا يباع منها شى ء حتى يطعم كل نوع منها وحده ثم يباع تلك الأنواع».

و

مرسل إسماعيل بن الفضل (۵)«سأل أبا عبد الله عليه السلام عن بيع الثمره قبل أن تدرك، فقال:

إذا كان له فى تلك الأرض بيع له غله قد أدركت، فبيع ذلك كله حلال»

و

موثق أبى بصير(۶)عن الصادق عليه السلام أيضا «سئل عن النخل و التمر يبتاعهما الرجل عاما واحدا قبل أن تثمر قال: لا حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الآفه فإذا أثمرت فابتعها أربعه أعوام مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل»

الى غير ذلك.

لکن لا- یخفی علیک ما فی دلاله بعضها من ثبوت البأس فی المفهوم، و هو أعم من الکراهه، و اضطراب موثق عمار منها، و اشتماله علی ما لا یقول به أحد من الأصحاب

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۲۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱۲.

کما ستعرفه، و احتمال إراده الکراهه من نفی الحل فی مفهومه؛ کاحتمال اراده التفسیر من قوله «و تأمن» فی الأخیر منها؛ کما یومی الیه تعلیق الحکم فیه علی الاثمار و ذیل

صحیح یعقوب بن شعیب (۱)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن شراء النخل؟ فقال کان أبی یکره شراء النخل قبل أن یطلع ثمرته السنه،

و لکن السنتین و الثلاث کان یقول ان لم یحمل فی هذه السنه حمل فی السنه الأخری، و سألته عن الرجل یبتاع النخل و الفاکهه قبل أن یطلع، فیشتری سنتین أو ثلاث سنین أو أربعا؟ قال: لا بأس، إنما یکره شراؤه سنه واحده قبل أن یطلع مخافه الآفه حتی یستبین»

بل هو صریح فی المطلوب بناء علی اراده بدو الصلاح من الطلوع فیه؛ لقرائن متعدده، و المعنی المصطلح من الکراهه کما هو الظاهر من وجوه أیضا، و منه یظهر قوه ارادتها من النهی فی النصوص السابقه، سیما بعد اتفاق الفقهاء الأربعه علی المنع، کما فی التذکره؛ فلا یبعد ان اشتهار التعبیر به للجمع بین بیان الواقع؛ و دفع التقیه؛ خصوصا بعد أن أشاروا علیهم السلام الی إراده ذلک منه.

ف

فی صحیح الحلبی (۲)«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن شراء النخل و الکرم و الثمار ثلاث سنین أو أربع سنین؟ فقال: لا بأس تقول ان لم تخرج فی هذه السنه تخرج من قابل؛ و ان اشتریته فی سنه واحده، فلا تشتره حتی یبلغ؛ و ان اشتریته ثلاث سنین قبل أن یبلغ فلا بأس و سئل عن الرجل یشتری الثمره المسماه من ارض فتهلک ثمره تلک الأرض کلها؟ فقال قد اختصموا فی ذلک الی رسول الله صلی الله علیه و آله فکانوا یذکرون ذلک فلما رآهم لا یدعون الخصومه نهاهم عن ذلک البیع حتی تبلغ الثمره و لم یحرمه، و لکن فعل ذلک من أجل خصومتهم»

فهو کالصریح فی أن نهیه السابق عن شراء سنه واحده حتی تبلغ، للکراهه، إذ هو کعباره النبی صلی الله علیه و آله، و شمول الخبر لما قبل الطلوع بعد

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۸.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمره الحدیث ۲.

إمكان منعه بظهور الغايه فى وجود الثمره، لا ينافى الاستدلال به على المطلوب؛ إذ أقصاه التقييد بالأدله السابقه.

و

فى صحيح (۱)ربعى «قلت لأبى عبد الله عليه السلام ان لى نخلا بالبصره فأبيعه و أسمى الثمن و استثنى الكر من التمر أو أكثر أو العدد من النخل؟ قال: لا بأس، قلت.

جعلت فداك بيع السنتين؟ قال: لا بأس قلت: جعلت فداك ان ذا عندنا عظيم قال:

أما انك ان قلت ذاك لقد كان رسول الله صلى الله عليه و آله أحل ذلك فتظالموا فقال عليه السلام: لا تباع الثمره حتى يبدو صلاحها»

و مراده بقرينه الخبر الأول أن نهى النبى صلى الله عليه و آله لأجل قطع الخصومه، لا الحرمه، و هو بعينه النهى الوارد عنهم عليهم السلام، و المناقشه فيه- بظهوره فى أن نهيه عليه السلام الذى هو للكراهه انما هو فى بيع السنتين قبل بدو الصلاح و هو الذى يأبى عنه العامه كما عن السرائر و التذكره التصريح به، بل تشعر به عباره الغنيه أيضا

و الظاهر ان قضيه التظلم الذى تعقبها النهى الذى ليس للحرمه، هى القضيه التى تضمنها الخبر السابق، فيسقط الاستدلال به حينئذ أيضا- يدفعها أن الذى حكاه فى التذكره عن الفقهاء الأربعه المنع فى مفروض المسأله أيضا و لا ينافيه قولهم به أيضا فى السنتين كما أن ما حكاه عن النبى صلى الله عليه و آله رد لهم فى المقامين فتأمل جيدا.

و

فى خبر تغلبه بن بريد و حسنه بريد بن معاويه(۲)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبه تباع قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال: لا بأس، قال: و أكثرت السؤال عن أشباه هذا فجعل يقول لا بأس، فقلت: أصلحك الله استحياء من كثره ما سألته، و قوله: لا بأس به ان من بيننا يفسدون هذا كله، فقال: أظنهم سمعوا حديث رسول الله صلى الله عليه و آله فى النخل ثم حال بينى و بينه رجل فسكت، و أمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه و آله فى النخل فقال أبو جعفر عليه السلام خرج رسول الله صلى الله عليه و آله فسمع ضوضاء فقال: ما هذا؟ فقيل له: تبايع الناس النخل، فقعد النخل العام، فقال عليه السلام: أما إذا فعلوا فلا تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشى ء، و لم يحرمه»

و هو مع كونه مورد السنه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الثمار الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الثمار الحديث ۱.

صریح فی الإنکار، علی توهم الحرمه من النهی المزبور الذی بعینه وقع فی کلامهم علیهم السلام، و رواه العامه بهذا اللفظ و ما یقرب منه؛ و اشتماله علی ما لا نقول به- بعد إمکان إراده بدو الصلاح من الطلوع فیه، أو بالنسبه إلی السنه الثانیه المنظمه إلی السنه التی ظهرت فیها الثمره- غیر قادح فی الاستدلال علی المطلوب.

هذا کله مضافا الی الأصول و العمومات العظیمه الداله علی الجواز أیضا مضافا الی

صحیح الحلبی (۱)عن الصادق علیه السلام «تقبل الثمار إذا تبین لک بعض حملها سنه و ان شئت أکثر، و ان لم یتبین لک ثمرها فلا تستأجره»

اء علی اراده الشراء من التقبل فیه، و الی ما یومی الیه تعدد التعبیر عن الغایه المزبوره، فتاره ببدو الصلاح، و الأخری بالإطعام، و ثالثه بالبلوغ، و رابعه بالإدراک؛ و خامسه بالتبین، من اراده الکراهه قبل ذلک و أنه بها ترتفع الخصومه علی اختلاف مراتبها.

بل

فی خبر علی بن جعفر المروی عن قرب الاسناد(۲)الذی «سأل فیه أخاه عن بیع النخل أ یحل إذا کان زهوا؟ فقال له: ان استبان البسر من الشیص حل بیعه و شراؤه»

و الظاهر تحقق ذلک قبل الاحمرار و الاصفرار، و دعوی إمکان رجوع الجمیع إلی الأول واضحه المنع خصوصا بالنسبه إلی الشجر الذی ستعرف أن بدو الصلاح فیها عندهم الانعقاد و هو لا یتحقق به البلوغ مثلا قطعا، بل و لا فی النخل إذ کثیر منه لا یبلغ باحمراره و اصفراره کما هو واضح.

و قد ظهر من ذلک کله ان القول بالجواز لکن علی الکراهه هو الأقوی، بل قد یؤیده أیضا أنه لا خلاف عندهم فی الجواز مع اشتراط القطع؛ حیث لا تکون المعامله معه سفها بل حکی علیه الإجماع مستفیضا أو متواترا، مع أنه لا أثر له فی النصوص فلیس ذلک إلا لأن اشتراط القطع یعین کون مراد المتبایعین هذا الموجود فی هذا الحال و لا ریب فی أنه مال مملوک یجوز بیعه، و لا یعتبر فی الصحه تحقق القطع، بل لو رضی المالک بعد ذلک بالبقاء مجانا أو بأجره جاز إجماعا فی التذکره؛ خلافا لأحمد فأبطل البیع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱۷.

لو عصى المشترى فلم يقطع و منع البائع منه أيضا صح، و كانت الثمره له عندنا؛ و إن ثبت عليه الأجره فلو باعه الموجود من الثمره مصرحا له بأن المبيع هذا الموجود؛ بحيث

يستحق عليه القطع كان المتجه الجواز و إن لم يشترطه؛ و لعله عند الأصحاب بمعنى اشتراط القطع، و قد ينقدح هنا شى ء و إن نافاه جمله من عبارات الأصحاب، و هو جواز البيع و الشراء إذا كان القصد الموجود على النخل و الأشجار فى تلك الحال، و العدم إذا كان المقصود شراؤه ثمره أى بالغا، أما الأول فلأصل و العمومات؛ بعد انسياق نصوص المنع إلى غيره مما يراد صلاحه و إطعامه و إدراكه و بلوغه، و لذا جعل غايه للجواز فى النصوص السابقه، بل قد يدعى أن إطلاق الثمره عليه قبل ذلك مجاز، لعلاقه الأول.

و منه يظهر وجه المنع فى الثانى مضافا إلى أنه غير مقدور للبائع؛ إذ ليس هو من أفعاله، و إنما هو من فعل الله تعالى، و لعل مبنى المنع فى كلام الأصحاب مع اشتراط التقيه، حتى حكى عن المبسوط و الغنيه و ظاهر الخلاف الإجماع على عدم جوازه معه، بل عن بعضهم جعل الخلاف فيما إذا أطلق دونه.

و إن كان يدفعه ما عن السرائر من أن الخلاف فيه و فى الإطلاق بل صرح فى التذكره بالجواز معه، لعدم اشتراطه بدو الصلاح فيها ظهور اشتراط التقيه فى إراده بيعه ثمره، و أنه أولى من الإطلاق المنصرف إلى ذلك؛ حتى أن من جوز البيع بالظهور أوجب معه على البائع الإجابه إلى البقاء إلى أو ان القطع؛ خلافا لأبى حنيفه إذ الظاهر إراده الثمره منه لا هذا الموجود، فإذا أطلق صح عند من لم يعتبر البدو، و بطل عند من اعتبره، و لا يحمل على القطع و إن توقفت صحه العقد عليه، كما صرح به فى الدروس، و حينئذ فيكون فى الحقيقه اشتراط التقيه كالإطلاق فى الاندراج تحت إطلاق أدله المنع، أما لو أريد من اشتراط التقيه الذى لولاه لاستحق البائع على المشترى القطع، باعتبار كون المبيع هذا الموجود على الشجره، فيجوز للأصل و العمومات و بعض

النصوص السابقه، و أنه كمشروط القطع فى كون المبيع المشخص الموجود، و اشتراط تبقيته لا يصير المبيع غيره؛ و لعله لذا استدل فى التذكره على الجواز فى المقام بأنه يجوز بيعه بشرط القطع إجماعا، فجاز بشرط التبقيه كما لو باعه بعد بدو الصلاح بشرط التبقيه، و القصيل و الإطلاق، و إن كان لا يجوز بيع السنبل منه قبل ظهوره فيه.

و قد يقوى دوران الحكم على القصد المذكور فى بيع الثمره على مالك الأصل الذى حكم العلامه بجوازه بمجرد الظهور من دون شرط، مدعيا عليه الإجماع فى القواعد، و أنه خارج عن محل النزاع، و إن رده من تأخر عنه بعدم الدليل، إذ ما قيل فى الاستدلال له بأنه لمكان تبيعته للأصل، كان كالجمع بينهما فى عقد؛ واضح الضعف، لعدم العقد هنا على الجميع، بل حكى عن الخلاف و المبسوط التصريح بالمنع فيه، فيتجه الجواز إذا كان القصد شراء ذلك الموجود، و اشتراط القطع هنا كعدمه- ضروره عدم استحقاقه ذلك على مالك الأصل، و العدم إذا كان القصد بيعه ثمره، مع أنه قد يقال بالصحه فيه هنا، باعتبار رجوع ذلك إلى إراده الإبقاء إلى بلوغ هذا الحال ضروره عدم قدرته على صيرورته ثمره. و حيث كان البيع على المالك لم يكن للمشترى استحقاق فى الإبقاء فليس حينئذ إلا إراده بيعه فى هذا الحال و هو لا إشكال فى صحته، فيتجه للفاضل حينئذ دعوى الإجماع عليه.

و من هذا الأخير يظهر لك أنك إن أبيت عن تنزيل كلمات الأصحاب على ما ذكرنا، باعتبار صراحه بعضها فى خلافه كان المتجه الجواز، فى بيع الثمار قبل بدو الصلاح كما قلناه سابقا، إذ ليس مرجعه حينئذ إلا إراده الإبقاء الى أو أن صيرورته ثمرا؛ خصوصا مع التصريح بذلك، و هو لا بأس به، بعد ما عرفت من تنزيل نصوصه على الكراهه أو التقيه للوجوه المتقدمه.

بل ربما يظهر لك وجه ما ذكره الأصحاب هنا من غير خلاف يعرف بينهم فيه من الجواز مع الضميمه، بل فى التذكره و التنقيح و محكى المهذب الإجماع عليه، مع أنه

لم أجـده فيمـا وصل إلى من النصوص على جهه الإطلاق و موثق سـماعه(۱)المتقـدم سابقا قبل الطلوع، اللهم إلا أن يحمل على إراده بـدو الصـلاح من الطلوع فيه، فيكون شاهـدا للمقـام؛ و أما النصوص الآتيه التى (۲)منها ضم ما بـدا صـلاحه مثلا إلى غيره، فهى فى موارد خاصه لا ينبغى التعديه منها إلى غيرها.

نعم قال بعض متأخرى المتأخرين إطلاق النص مشيرا إلى ما تسـمعه من النصوص فى المسأله الاتيه، و كلام الأصـحاب يقتضـى عدم الفرق فى الضـميمه بين أن تكون متبوعه أو تابعه، و لا ريب فى الأولى للقاعده المطرده من صحه المعامله مع الضميمه التى تكون بالـذات مقصوده؛ مخرجه لها عن الغرر و المجازفه، و قد تقدم إلى ذكرها مرارا الإشاره و كذا فى الثانيه بعد ما عرفت من إطلاق النص و الفتوى المخرجه لها عما دل على فساد المعامله، و لو انضم ضميمه ليست بالذات مقصوده إذا اشتملت على الغرر و الجهاله.

و من هنا انقدح وجه القدح فى اسـتدلال جماعه بقاعده الضـميمه المزبوره لصحه هذه المعامله مطلقا و لو فى صوره الثانيه، فإنها لم تنهض بإثباتها إلا فى الصوره الأولى خاصه، و لعل الوجه أن الضـميمه هنا ليست لدفع الغرر و الجهاله حتى يأتى فيها التفصيل المتقدم إليه الإشاره، لاختصاص مثلها بما يتصور فيه الأمران لو خلا عنها، و ليس منه مفروض المسأله، بناء على أن المنع عن بيع الثمره قبل بـدو صـلاحها إنما هو تعبد محض، نهض بإثباتها الأخبار المانعه، لولاها لتعين المصـير إلى الجواز، نظرا إلى الأصل و العمومات السـليمه عن معارضه الغرر فالمجازفه، لاندفاعها؛ و لذا صار إليه جماعه بعد حملهم تلك الاخبار على الكراهه بشهاده بعضـها، بـل ضـمها هنـا ليس الا للـذب و الفرار عن الـدخول تحت إطلاق تلك الاخبار، بناء على اختصاصـها بحكم التبادر بغير المضمار.

قلت: قد يناقش فيه أولا- بإمكان منع القاعده التى أشار إليها، إنما المسلم منها التابع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۱-.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲ من أبواب بيع الثمار.

فى نفسه، كأس الجدران و زخارف الدور و حمل الدابه، و نحو ذلك لا التابع فى القصد ضروره؛ تناول أدله الغرر و الجهاله له، و دعوى أنه بذلك تكون الشرط الذى لا يعتبر فيه شى ء من ذلك على التحقيق؛ يدفعها عدم صدق اسم الشرط عليها، بل هى بعض المبيع،- و ثانيا بمنع إخراج الضميمه هنا للمفروض عن إطلاق الأدله إذ دعوى اختصاصها ببيع الثمره خاصه واضحه الفساد، فالمتجه حينئذ الاستناد فى الضميمه سواء كانت تابعه أو متبوعه إلى إطلاق معاقد الإجماعات التى يمكن التنقيح بها للموارد الخاصه فى النصوص الاتيه، فيتعدى منها حينئذ إلى غيرها، و ربما يقال أن الضميمه هنا كالضميمه مع الآبق باعتبار ان ما نحن فيه كغير المقدور على تسليمه، لعدم البلوغ حال البيع، فلا يشترط فيها حينئذ كونها متبوعه، بناء على عدم اشتراط ذلك فيها فى الآبق، بل إنما ضمت حتى لا يصير الثمن بلا مثمن لو اتفق عدم حصول المنضم إليه و الأمر سهل عندنا بناء على ما عرفت من عدم اشتراطها فى الصحه؛ و أنه يجوز البيع بدونها.

و على كل حال فمنها كما فى المسالك ما لو بيعت الثمره مع أصولها و لذا قال المصنف جاز البيع مطلقا قبل بدو الصلاح و بعده، بل فى التذكره و التنقيح الإجماع عليه بالخصوص؛ و ربما يقال أن الصحه هنا لكون الثمره تابعه، كحل الدابه، بل لا يندرج نحوه فى إطلاق أدله المنع الظاهر فى غير ذلك لا للضميمه، و لذا جعله غير واحد شيئا آخر غيرها.

و اما الجواز فى الزياده عن عام فلا- خلاف فيه، كما عن كشف الرموز بل عن ظاهر المبسوط و الخلاف و السرائر، و صريح التذكره و المهذب و التنقيح الإجماع عليه، مضافا إلى ما سمعته من النصوص السابقه و قد ظهر من ذلك كله أنه لا خلاف و لا إشكال فى جواز البيع بعد الظهور قبل البدو إذا حصل أحد الأمور الثلاثه أو الأربعه، بناء على أن بيعها مع الأصول ليس من الضميمه، و عن الفاضل زياده البيع على مالك الأصل، و قد عرفت الحال فيه و بيع الأصل و استثناء المالك الثمره.

و فيه أنه- و إن كان لا يشترط البدو فيه عندنا خلافا لأحد وجهى الشافعيه فاعتبروا

فی الصحه شرط القطع، و لا ریب فی ضعفه، لأنه استدامه ملک لا ابتداؤه- لیس مما نحن فیه من بیع الثمره، و ما یقال- من أن بیع الأصل سبب فی زوال الملک، و استثناؤه سبب فی التدارک، فهو کالحادث- یدفعه أن السبب فی الزوال البیع المطلق، لا مطلق البیع، و لیس المشرف علی الزوال و لما یزل، کالزائل العائد، لأنه تقدیر لما لا وجود له من الزوال فعلا، بمنزله الموجود کما هو واضح.

ثم إن الظاهر کون الخلاف فی المقام إنما هو فی المبیع خاصه، أما الصلح فیجوز مطلقا و بشرط التبقیه للأصل، بعد اختصاص النصوص و الفتاوی فی البیع خاصه، بل و کذا غیره من النوافل؛ سیما الشروط و الله أعلم هذا. و الضمیمه علی تقدیر اعتبارها فی الصحه ینبغی الاقتصار فیها علی المتیقن، من کونها مما یجوز بیعها منفرده کما تومئ إلیه عباره المتن، و کونها مملوکه للمالک، و کون الثمن لها و للمنضم علی الإشاعه و نحو ذلک، و إن کان للنظر فی هذا کله مجال، کالنظر أیضا فی الصحه فیما لو تلفت قبل القبض و غیره، إلا أنا فی غنیه عن إطاله البحث فیه بعد عدم اعتبارها فی الصحه عندنا، و هل من الضمیمه ما لو باع الثمره مشترطا قطع بعضها، المتجه العدم بناء علی اعتبار صحه بیعها بغیر عقد الانضمام؛ و الأمر سهل.

و کیف کان ف بدو الصلاح الذی هو شرط للصحه أو الکراهه فی اللغه کما عن المقداد و الصیمری أن تصفر البسر أو تحمر علی المشهور بین الأصحاب نقلا و تحصیلا شهره عظیمه، بل فی محکی السرائر نسبته إلی أصحابنا، و المبسوط إلی روایتهم لخبری الوشاء(۱)و علی بن أبی حمزه(۲)المتقدمین المنجبرین بالشهره المزبوره؛ و المعتضدین بخبر المناهی،(۳)الذی فسر الزهو بهما فیه أیضا، بناء علی أنه منه

النبوی أیضا المروی عن معانی الأخبار(۴)«نهی صلی الله علیه و آله عن المخاصره، و هی أن

تباع الثمار قبل أن یبدو صلاحها و هی خضر بعد؛ إلی أن قال: و نهی عن بیع الثمر قبل أن یزهو، و زهوه أن یحمر أو یصفر»

و قال فیه و

فی حدیث آخر(۵)«نهی عن بیعه قبل أن

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱۴.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱۵.

۵- ۵ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱۶.

يشقح»

و يقال «يتشقح؛ و التشقيح هو الزهو أيضا» و قيل لا ينافى ذلك التعليق على الإطعام فى بعض النصوص السابقه، و الإدراك فى آخر، و البلوغ فى ثالث، بعد ان كان رجوع الجميع إليهما، و فيه أن المشاهد خلافه بل اختلاف ذلك دليل على ما قلناه سابقا من الكراهه قبل بدو الصلاح؛ و لعلها تختلف باختلاف مراتبه شده و ضعفا.

و على كل حال فقد عرفت أن المعروف تحقق بدو الصلاح بذلك، لكن زاد المصنف هنا و الفاضل فى الإرشاد فقالا: بدو الصلاح ذلك أو أن يبلغ مبلغا يؤمن عليها العاهه و لم نجده لغيرهما، و إن حكى تفسير بدو الصلاح به بلفظ القيل، مع أنه على فرض وجوده غير ما فيهما، و لعله للجمع بين ما عرفت و بين خبر أبى بصير(۱)السابق المؤيد فى الجمله ب

خبر على بن جعفر(۲)عن أخيه عليه السلام «سألته عن بيع النخل أ يحل إذا كان زهوا

قال: إذا استبان البسر من الشيص حل بيعه و شراؤه»

و بالنبويين

العاميين (۳)«أحدهما لا تبتاعوا الثمره حتى يبدو صلاحها، قيل و ما بدو الصلاح؟ قال: تذهب عاهتها و يخلص رطبها»

و

الآخر(۴)«نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهه»

الا- أنه لم يحصل شرط الجمع من المقاومه المفقوده هنا من وجوه، و الشاهد المعتبر، مضافا إلى قوه احتمال كون الاحمرار و الاصفرار بهما يحصل الأمان، و احتمال إراده الظهور من أمن الآفه فلا ينافى حينئذ اشتراط ذلك بعد بدو الصلاح المفسر بما عرفت؛ و إلى إجمال المراد به، اللهم إلا أن يقال: بأن المرجع فيه العاده، و ربما حد فى النبويه العاميه(۵)بطلوع الثريا الذى نفى الاعتبار به فى محكى الخلاف، و الله أعلم.

و على كل حال ف إذا أدرك بعض ثمره البستان المتحده و بد إصلاحه و لم يدرك الأخر بعد أن كان ظاهرا جاز بيع ثمرته أجمع بناء على اعتبار بدو الصلاح فى الجواز بلا خلاف أجده فيه، بل عليه الإجماع، منقولا مستفيضا إن لم يكن محصلا، سواء كان متحد النوع أو مختلفه،

للأصل السالم عن المعارض، بعد تنزيل ما دل على المنع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار الحديث ۱۲.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار الحديث ١٧.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٠٠ جامع الصغير ج ٢ ص ١٩٢ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

٤- ٤ سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٠٠ جامع الصغير ج ٢ ص ١٩٢ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

٥- ٥ سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٠٢.

علی غیر المفروض، سیما إذا کان البعض المدرک مما یصدق معه بدو صلاح الثمره؛ المعلوم عدم إراده الجمیع منه، و ل

صحیح یعقوب ابن شعیب (۱)عن الصادق علیه السلام «إذا کان الحائط فیه ثمار مختلفه، فأدرک بعضها فلا بأس ببیعها أجمع»

و

صحیح الحلبی (۲)عن الصادق علیه السلام «تقبل الثمار إذا تبین لک بعض حملها سنه و إن شئت أکثر، و إن لم یتبین لک حملها فلا تستأجره»

و

خبر البطائنی (۳)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اشتری بستانا فیه نخل و شجر، منه ما قد أطعم، و منه ما لم یطعم؟ قال: لا بأس إذا کان فیه ما قد أطعم»

بناء علی إراده ثمره البستان منه، و

المرسل (۴)کالموثق «المسئول فیه عن بیع الثمره قبل أن تدرک فقال: إذا کان فی تلک الأرض بیع له غله قد أدرکت؛ فبیع کله حلال»

إلی غیر ذلک، من ذیل خبر أبی الربیع (۵)و نحوه، مضافا إلی ما قیل من أنه لا إشکال فی بیع ما بدا صلاحه، لحصول الشرط، أو غیره أیضا لضمه إلیه، و قد عرفت عدم الاشکال و الخلاف فی جواز بیع الثمره الظاهره مع الضمیمه، فیندرج حینئذ مفروض المسأله فیها، خصوصا بعد ما عرفت من عدم اعتبار المتبوعیه فی هذه الضمیمه، و أنها لیست کضمیمه المجهول.

لکن قد یناقش فی تناول دلیل الضمیمه لمثل المقام علی وجه یخرجه عن إطلاق أدله المنع علی فرض شموله، و حینئذ ینبغی الاقتصار فی الاستدلال علی ما ذکرناه أولا.

لکن لا ینبغی التأمل فی صدق الضمیمه لو ضمها إلی بستان أخری لم یبدو صلاحها إلا أن المصنف قال و لو أدرکت ثمره بستان لم یجز بیع ثمره البستان الأخر و لو ضم إلیه وفاقا لمحکی الخلاف و المبسوط، بل عن الأول الإجماع علیه، و مقتضاه حینئذ عدم تناول الضمیمه لمثل ذلک، و عدم تناول نصوص الصحه المتقدمه آنفا له أیضا،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۲.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب بيع الثمار الحديث ٧.

فیبقی منـدرجا فی إطلاق دلیل المنع، و فیه- بعـد تسـلیم الدعوی الاولی له الواضح منعها علیه، و تسـلیم تناول إطلاق دلیل المنع لذلک،- منع عدم تناول المرسل المتقدم(۱)

المنجبر هنا بعمل الأصحاب کافه عدا من عرفت کما قیل.

و منه یعلم ما فی دعواه الإجماع علیه، و لعله لذا قال بعد ذلک و فیه تردد بل کان الاولی الجزم بالصحه؛ لما عرفت، و اما

موثق عمار(۲)«عن ابی عبـد الله علیه السـلام سـئل؛ عن الفـاکهه متی یحـل بیعهـا؟ قال: إذا کانت فاکهه کثیره فی موضوع واحد فأطعم بعضـها فقد حل بیع الفاکهه کلها، فإذا کان نوعا واحدا فلا یحل بیعه حتی یطعم، فان کان أنواعا متفرقه فلا یباع منها شـی ء حتی یطعم کل نوع منها؛ ثم یباع تلک الأنواع»

فمع اشـتماله علی مـا لا یقول به أحـد من الطائفه، من اشتراط اتحاد النوع بإدراک البعض فی صـحه بیع الجمیع، و تشویش متنه، إنمـا یـدل بـالمفهوم؛ و هو قاصـر عن معـارضه الأـدله من وجوه، فلاـ ریب حینئـذ فی أن الأصـح الجواز هـذا کله فی ضم الثمره الظاهره و لم یبدو صلاحها إلی ما بدا بناء علی اشتراطه و إلا فیجوز بدونه.

اما المتجـدده ففی الغنیه «یجوز بیع الثمره الموجود بعضـها المتوقع وجود باقیها عندنا و عند مالک» و فی القواعد و لو ظهر بعض الثمره فباعه مع المتجـدده فی تلک السـنه، صـح سواء اتحدت الشـجر أو تکثرت؛ و سواء اختلف الجنس أو اتحد» و فی التذکره «یجوز عندنا بیع الثمار بعد بدو صـلاحها مع ما یحدث بعدها فی تلک السـنه، أو سـنه أخری، و به؛ قال مالک» و فی الدروس «و یجوز اشتراط المتجدده

من الثمره فی تلک السـنه و غیرها؛ مع حصـر السـنین، سواء کان المشترط من جنس البارز أو غیره، و لو شرط ضم ما یتجدد من بستان آخر عاما أو عامین احتمل الجواز» و ظاهر اللمعه کونه من المسـلمات، لانه قال: «و یجوز بیع الخضـر بعد انعقادها لقطه و لقطات؛ کمـا یجوز بیع الثمره الظاهره و ما یتجـدد فی تلک السـنه و فی غیرها» أی مع ضـبطه السـنین، و فی الروضه «لأن الظاهر منها بمنزله الضمیمه إلی المعدوم، سواء کانت متجدده من جنس الخارجه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۵.

أم غيره».

و فيه أن الأصح عدم الاكتفاء فى صحه بيع المعدوم بالضميمه إليه، فينبغى التعليل فى المتجدد من ثمره الشجر الذى فرض ظهور ثمرته، بأنه لا ينقص عن بيع ثمرته فى السنه الأخرى مثلا، فلا يقدح حينئذ انعدامها، و بظهور بعض النصوص السابقه فيه، بل و فى غيره مما لم تخرج بعد ثمرته، فالتوقف فيه حينئذ بأنه معدوم و لا تجدى فيه الضميمه فى غير محله، بعد ما سمعت من صحيح الحلبى السابق (۱)بل و المرسل (۲)و ذيل خبر ابى الربيع (۳)مضافا إلى نصوص الخضر(۴)إلا أنه ينبغى الاقتصار فى ذلك على المتيقن، و هو البستان الواحده، أما المتعدده فالأحوط إن لم يكن الأقوى عدمه، للأصل و غيره، و لذا جعل فى الدروس الجواز احتمالا، فتأمل جيدا و الله أعلم.

[أما الأشجار]

و أما الأشجار فظاهر النصوص و الفتاوى اتحاد حكمها مع النخل، بالنسبه إلى البيع قبل الظهور و غيره، و من هنا جعل فى التحرير و ظاهر الدروس كما عن غيره موضوع الأحكام السابقه، الثمره، لا خصوص ثمره النخل، بل صرح أولهما بأن النخل و الشجر فى الحكم سواء بل صرح فى التذكره و جامع المقاصد و محكى الإيضاح بأن الخلاف فى بيع ثمر الشجر قبل الظهور أزيد من عام كما فى النخل؛ بل صرح فى الأول بالإجماع على عدم جواز بيعها عاما واحدا قبل الظهور كالنخل.

و بالجمله لا يخفى على من تأمل نصوص المقام و فتاوى الأصحاب ظهور اتحاد الحكم فيها، لكن ربما نقل عن العلامه الفرق بين ثمره النخل و ثمره غيره، فجوز بيع الاولى بعد ظهورها قبل بدو الصلاح عامين، و منعه فى الثانيه، و فيه أن الذى وقفنا عليه من كلامه صريح فى خلافه.

و كيف كان فمقتضى ما ذكرنا أنه لا خلاف فى عدم جواز بيعها قبل الظهور عاما،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار الحديث ۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار.

و فی التذكره «الإجماع علیه» و فی العامین و الضمیمه ما عرفت، و لا خلاف أیضا فی بیعها بعد الظهور قبل البدو بناء علی انفكاكهما فیها بشرط القطع، أو الضمیمه أو عامین، أما بدون ذلك ففیه البحث السابق، و حینئذ یتجه للمصنف أن یقول لا یجوز بیعها حتی یبدو صلاحها بعد تقییده فی صوره الظهور بما تقدم، لما سمعته من كلامه فی غیر اشتراط القطع، بناء علی ما عرفت من اختیاره وحده أی بدو الصلاح فیها ان ینعقد الحب و لا یشترط زیاده عن ذلك علی الأشبه بل عن الكفایه أنه أشهر، لكن فی معقد شهره التنقیح إضافه تناثر الورد إلیه، و ظاهره أو صریحه أنه مراد من لم یضفه إلیه، و لذا جعل فی المسأله قولین، هذا أحدهما، و الثانی ما تسمعه من عباره المبسوط؛ و نحوه ما فی غایه المرام و محكی إیضاح النافع، إلا أنه خص الشهره بالمتأخرین فی أولهما، و یؤیده أنا لم نجد فی النصوص ما یشهد للإطلاق، إذ لیس إلا

خبر ابن شریح (۱)«و بلغنی أنه قال فی ثمر الشجر: لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقیل: و ما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط و رده»

و

موثق عمار(۲)«سألته عن الكرم متی یحل بیعه؟ قال: إذا عقد و صار عقودا، و العقود، اسم الحصرم بالنبطیه»

كما قیل: و الثانی فی خصوص الكرم، و الأول قد اعتبر فیه تناثر الورد، فیقوی حینئذ اتحاد القولین، خلافا للمسالك و غیرها، و لعل الانعقاد إنما یكون بعد تناثر الورد كما هو ظاهر الخبر.

و حینئذ ینحصر الخلاف فیما عن المبسوط و المهذب، قال فی أولهما «بدو الصلاح یختلف،

فان كانت الثمره مما تحمر أو تسود أو تصفر فبدو الصلاح فیها حصول هذه الألوان، و إن كانت مما تبیض، فبأن تتموه، و هو أن یتموه فیها الماء الحلو و یصفو لونها، و إن كانت مما لا تتلون مثل التفاح؛ فبأن یحلو و یطیب أكله؛ و إن كان مثل البطیخ فبأن یقع فیه النضج، قال: و قد روی أصحابنا أن التلون یعتبر فی ثمره النخل خاصه، فأما ما یتورد فبدو صلاحه أن ینتشر الورد و ینعقد؛ و فی الكرم أن ینعقد الحصرم، و إن كان مثل القثّاء

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۶.

و الخيار الذى لا يتغير طعمه، و لا لونه، فان ذلک يؤكل صغارا، فبدو صلاحه أن يتناهى عظم بعظمه».

و هو إن كـان قـد يشـهد له نصوص الإطعام و البلوغ و الإدراک، إلا أنه- بعـد اعترافه بكون روايه أصـحابنا خلافه، و قـد عرفت أيضا أن عملهم على ذلک،- لا ينبغى الالتفات إليه؛ سـيما بعـد أن حكاه فى التـذكره عن الشافعى الـذى قـد جعل الله الرشد فى خلافه، و ليس المراد من نصوص الإطعـام و الإدراک و البلوغ،(۱)بيان أول مرتبه بـدو الصـلاح، بل يقوى فى النفس ما ذكرناه سابقا من أن هـذه غايات لرفع كراهه البيع قبلها، المختلف شـده و ضـعفا باختلافها كاختلاف الخصومه التى قد عرفت سابقا أنها سبب النهى عن البيع قبل بدو الصلاح.

و من ذلک يعرف ما فى المحكى عن السـرائر أيضا، قال: «بدو الصلاح فى ثمره النخل الحمره و الصفره، و ما عداها فحين يتموه فيها الماء الحلو؛ و يصفر لونها و قال:

و لا يعتبر التلون و التموه و الحلاوه عند أصحابنا، إلا فى ثمره النخل خاصه و ۷ ن كانت الثمره مما تتورد، فبدو صلاحها أن يتنثر الورد و ينعقـد، و فى الكرم أن ينعقـد الحصـرم، و إن كـان غير ذلـک فحين يحلو و يشاهـد؛ و قال بعض المخالفين إن كان مثل القثّاء و الخيار لا يتغير طعمه و لا لونه، فبدو صـلاحه أن يتناهى عظم بعضه قال،: و قد قلنا إن أصـحابنا لم يعتبروا بدو الصلاح إلا فيمـا اعتبروه من النخل و الكرم، و انتثار الورد فيما يتورد و يمكن إرجاعه إلى المشـهور، بل يمكن إرجاع كلام الشـيخ اليه على إراده أن ما ذكره لغيرنا، فتأمل.

و على كل حال فقـد عرفت أن الموجود فى النص الانعقاد من دون ذكر الحب، و به عبر فى اللمعه، بل و ما سـمعت من عبارتى المبسوط و السرائر، و الظاهر إراده انعقاد الثمره، فإن كانا متلازمين و إلا فالتعبير به أولى و أعم، لعدم الحب فى بعض الثمار هذا و فى المسالک و غيرها أنه على ما اختاره المصنف من تفسير بدو الصلاح يتحد وقت الظهور

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار-.

و بـدو الصـلاح، إذ ليس بينهما واسـطه، أى فلا تظهر فائده حينئذ للقولين السابقين فى النخل، و إنما تظهر فائدتهما لو قلنا بتأخير بدو الصلاح عن الظهور.

قلت: قـد يمنع اتحادهمـا على تفسـير المصـنف أيضـا، خصوصـا بعـد أن عرفت أنه هو المراد من القول الثانى، فلاحظ و تأمل، و يؤيـده أن الفاضل فى التـذكره مع قوله فيها بأن بـدو الصـلاح فى ثمره الأشـجار الانعقاد، قال: «يجوز بيعها بعد الظهور قبل البدو سنه و سنتين مع الضميمه إلى الأصول و غيرها» و قد سمعت سابقا دعواه الإجماع على عدم جواز بيعها قبل الظهور سنه.

و كيف كـان ف هـل يجوز بيعهـا سـنتين فصاعـدا قبـل ظهورها قيل: و القائل الصـدوق و بعض متأخرى المتأخرين نعم بناء على اتحـاد الحكم فيهـا مع النخل و الاولى المنع بل هو الأصـح لتحقق الجهاله كما عرفت البحث فيه فى النخل سابقا مفصـلا، و ربما استشعر من قوله هنا الاولى الجواز كقوله المروى هناك؛ و التحقيق ما سمعت.

و كـذا الخلاف فيما لو ضم إليها شيئا و باعه معها عاما من قبل انعقادها بناء على إراده الظهور منه فالبحث فى صـحته حينئذ نحو ما سـمعته فى النخل الا أن المصنف لم يذكره هناك، فيستفاد منه حينئذ أولويه المنع فى المقامين على تقدير عدم الفرق بينهما، و احتمال إرادته بعـد الظهور قبل الانعقاد الـذى هو بـدو الصـلاح بناء على تأخره عنه يدفعه أن مقتضاه حينئذ الفرق بين النخل و الشجر، إذ لا خلاف فى جواز بيع الثمره الأول قبل بدو الصلاح مع الضميمه كما سمعت، و قد عرفت اتحاد الحكم فيهما فتوى و نصا.

و من الغريب ما فى المسالك هنا من أن الأجود المنع، و موضـعه ما لو كانت الضـميمه غير مقصوده بالبيع، بحيث تكون تابعه أو هما مقصودان، أما لو كانت الضـميمه مقصوده و الثمره تابعه صـح كما مر، إذ فيه أن المفروض قبل الانعقاد الـذى هو الظهور، و بدو الصلاح عنده و الضميمه لا تجدى فى جواز بيع المعدوم و قياس هذا الضميمه إلى المجهول قد

عرفت أنه مع الفـارق: نعم يتجه الجواز هنـا بالضـميمه؛ بنـاء على اختلاـف حـالى الظهور و الانعقـاد على نحو ما سـمعته فى ثمره النخل إذا ظهرت و لم يبدو صلاحها و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا انعقـد ثمر الشـجر جاز بيعه مع أصوله بلا خلاف و منفردا كـذلك بناء على أنه هو بـدو الصـلاح سواء كان الثمر بارزا مشاهدا كالتفاح و المشـمش و العنب أو فى قشـر يحتاج إليه لادخاره كالجوز فى القشـر الأسـفل، و كذا اللوز، أو فى قشـر لا يحتاج إليه كالقشـر الأعلى للجوز و الباقلا الأخضـر و الهرطمان و العـدس بلا خلاف أجـده فى شـى ء من ذلك بل و لا إشـكال، و فى التـذكره الإجمـاع عليه اعتمـادا فى ذلك كله على أصل السـلامه، خلافا للشافعى فلم يجوز بيع ذى القشـر الأعلى كالجوز و اللوز إلا بعد نزع القشر الأعلى سواء كان ذلك على الشجر أو وجه الأرض و لا ريب فى ضعفه.

و كذا البحث فى السـنبل أى لا يجوز شراؤه قبل الظهور و انعقاده الذى هو بدو صلاحه و يجوز بعده سواء كان بارزا كالشعير أو مسـتترا كالحنطه، منفردا أو مع أصوله، قائما و حصـيدا للأصل السالم عن المعارض، و أما شـراء الزرع قبل أن يسنبل، فلا إشكال بل و لا خلاف معتد به فى جواز شـرائه مع اشتراط التبقيه، أو القصل أو بدونهما للأصل و النصوص المستفيضه المعتبره(۱)خلافا لما عن الصدوق فى باب المزارعه، فلم يجوز بيع الزرع قبل السنبل إلا مع القصل يعلفه للدواب، و تسمع البحث فيه إنشاء الله عند تعرض المصنف له، و الله أعلم.

[أما الخضر]

و أما الخضر (۱۱) كالقثـاء و الباذنجـان و البطيـخ و الخيار فلا يجوز بيعها قبل ظهورها (۱۲) إجماعـا على الظاهر كما قيل، و فى الحدائق «الظاهر أنه لا خلاف فيه لأنها معدومه، و للجهاله و الغرر، و فحوى نصوص النخل و الأشجار(۲)مضافا إلى

ما فى موثق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب بيع الثمار.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار.

سماعه(۱)«سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات؟ فقال: إذا رأيت الورق فی شجره فاشتر منه ما شئت منه من خرطه»

و به یقید

خبر معاویه بن میسره(۲)«قال: سألته عن بیع النخل سنتین قال: لا بأس به، قلت: فالرطبه

بیعها هذه الجزه و کذا و کذا جزه بعدها؟ قال: لا بأس به، قال: ثم قال: کان أبی علیه السلام یبیع الحناء کذا و کذا خرطه»

بل بناء علی إراده بیع النخل الظاهره ثمرته فی السنه الأولی، لعدم الجواز بدونه یقوی إراده ذلک أیضا فی الرطبه، و کذا یقیده

ما فی صحیح برید السابق (۳)لما سأل أبا جعفر علیه السلام «عن الرطبه تباع قطعه أو قطعتین أو ثلاث قطعات؟ فقال: لا بأس»

الحدیث و منه و ما تقدمه یعلم أنه یجوز بیع الخضر بعد انعقادها و إن لم یتناهی عظم بعضها؛ بلا خلاف أجده فیه، بناء علی أنه مبدء إصلاحها دونه، أو أنه به یتحقق الظهور و لم نشترط الجواز بالبدو و مشاهدتها، فلو کانت مستوره فی الأرض کالجزر و الثوم و نحوهما لم یجز للجهاله کما صرح به الفاضل فی جمله من کتبه، بل نسبه فی الدروس إلی جماعه؛ لکنه حکی فیها عن أبی علی جوازه، و اختاره هو تحکیما للعرف، قال: و أولی بالجواز الصلح؛ و فیه منع تحکیم العرف فی ذلک بعد أن لم یکن مرئیا و لا موصوفا، کما اعترف به فی جامع المقاصد، بل قال: لا یجوز بیعا بل و لا صلحا، و هو متجه بناء علی عدم اغتفار مثل هذه الجهاله فی الصلح.

نعم یمکن القول بالصحه لو ضم ما ظهر من ورقه مثلا- إلیه، بناء علی جواز بیع المجهول إذا ضم معلوم إلیه إلا- أن المتجه التفصیل بالقصد و عدمه؛ بناء علیه فی الضمیمه، و بالجمله یجری علیه حکمها، و لکن المسأله لا

یخلو بعد من إشکال، أما إذا کانت الخضره ظاهره و منعقده فلا إشکال فی جواز بیعها، لقطه واحده و لقطات

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۲.

۲- ۲ ذکره صدره فی الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱۱- و ذیله فی الباب ۴ الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱.

معلومه و المرجع فی اللقطه إلی العرف، و مع فرض الشک فیه یبقی علی ملک المالک؛ و کذا یجوز بیع ما یقطع فیستخلف کالرطبه و البقول جزه و جزات و کذا ما یخترط کالحناء و التوت بالتائین المثناتین خرطه و خرطات؛ بل قیل:

علی الأول تنزل عبارتا النهایه و السرائر، «لا یجوز بیعها قبل بدو صلاحها؛ لان مختارهما فی الکتابین أن بدو الصلاح الانعقاد و تناثر الورد، و أما ما عن المبسوط من نحو ذلک، فینبغی تنزیله علی مختاره فیه الذی قد سمعته، بل حکی عنه التصریح هنا بأنه إذا باع حمل البطیخ و القثّاء و الحناء بعد ظهوره قبل بدو صلاحه بشرط القطع جاز و إن شرط التبقیه أو مطلقا لم یجز؛ و نحوه عن القاضی.

نعم ما فی الوسیله من نحو ذلک أیضا یمکن أن یکون موافقا للمشهور، لاحتمال أن مختاره فی بدو الصلاح مختارهم، و ما فی المقنعه و محکی المراسم من أنه یکره بیع الخضروات قبل أن یبدو صلاحها، یمکن أن یکونا موافقین للشیخ فی الموضوع دون الحکم الذی قد عرفت فی النخل و الشجر صحته، و أنه لا یشترط بعد الظهور بدو الصلاح و ما نحن فیه مثله علی الظاهر، فیجری فیه ما تقدم سابقا فلاحظ و تأمل.

و علی کل حال فلا یقدح انعدام ما عدا الاولی بعد ضمها إلیها کالمتجدد من الثمره فی السنه أو فی القابل إلی الثمره الظاهره، و لا إشعار فی عباره المتن باشتراط الوجود فی جمیع اللقطات، و ان خص الجواز بالانعقاد الا أن مراده و لو بالأولی نحو قوله فی ثمره النخل و غیره نعم لا یجوز بیع الثانیه و الثالثه مستقله، إذ هی کالأولی قبل ظهورها، لکن عن أبی حمزه یجوز بیع الرطبه و أمثالها الجزه أو الثانیه أو الثالثه أو جمیعها، و لا ریب فی ضعفه إن أراد ذلک. نعم قد یقال: یجوز بیع ذلک قبل ظهوره إذا انضم إلی ما ظهر من الخضروات نحو ما قلناه فی الشجر، بل المرسل السابق (۱)الذی هو کالموثق شامل للمقام، فلاحظه، بل یمکن الاکتفاء فیه بضمه إلی ما ظهر من ثمر النخل أو الشجر، لإطلاق المرسل السابق؛ کما أنه یکتفی بظهور الخضروات فی البستان عن ظهور ثمرات أشجارها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۲.

فتکون هی حینئذ کثمره الشجره بل لعله المراد من ذیل خبر أبی الربیع السابق (۱)بل یمکن إراده ذلک من الرطبه و البقل فی موثق سماعه(۲)المتقدم آنفا دلیلا لمطلق الجواز مع الضمیمه، إلا أنه ینبغی الاقتصار فی ذلک علی ما فی الحائط الواحد أخذا بالمتیقن.

و کیف کان فحیث یجوز بیعها یجوز منفرده و مع أصولها بل لا یعتبر فی الثانی بدو الصلاح

عند القائل به، بناء علی أنه غیر الظهور، إذ هی حینئذ کثمر النخل و الشجر، و کذا ضم غیر الأصل و لو باع الأصول قبل ظهور الثمره جاز مع الإطلاق و بشرط التبقیه و القطع، إذ هو کالزرع و کأصول الأشجار و لا فرق فی ذلک بین ظهور الورد فیها و عدمه، بل الظاهر جواز بیع الورد الذی تتولد منه الثمره مطلقا أو بشرط التبقیه بناء علی جوازه فی ثمره النخل و الشجر لعدم الفرق بینهما أما مع شرط القطع أو الضمیمه فلا ینبغی التأمل فی الجواز کالثمره أیضا، و لو باعها ای الأصول فی الخضر و غیرها عدا النخل بعد انعقاد الثمره لم تدخل فی البیع الا بالشرط و نحوه بلا خلاف للأصل نعم نظر فی الدروس فی تبعیه ورق التوت و الحناء و الأس، قال: «و کذا قضیب ما اعتید قضیبه (قضبانه خ) کالخلاف، مع أن الأقوی عدم التعبیه أیضا إذا فرض کونه ثمره معتدا به، و لم یکن هناک عرف یقتضی التبعیه کما هو کذلک فی ورق التوت فی بلداننا بحسب هذه الأزمنه.

و علی کل حال حیث لا تدخل وجب علی المشتری إبقاؤها مجانا إلی أوان بلوغها إن کان المعتاد قطعها عنده و الا قبله، و هو مختلف إذ منه ما یؤخذ بسرا مثلا و منه رطبا و منه تمرا و منه عنبا، و لا یقدح عدم ضبطه بما لا یقبل الزیاده و النقصان بعد ان لم یکن أجلا مضروبا فی العقد و انما هو کالحکم الشرعی الثابت من الطلاق الأدله الذی لا ریب فی ظهوره فی بقاء الثمره إلی أوان صیرورتها کذلک، و خصوصا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱-.

نصوص الزرع (۱)بل ترک الاستفصال فی غیرها مع معلومیه کون المراد من السؤال شراؤها حال کونها بالغه مدرکه کالصریح فی ذلک، و مرجعه حینئذ إلی اغتفار عدم الضبط هنا و إن کان مقصودا للمتعاملین، لا أنه لم یقصداه أصلا و هو حکم شرعی تعبدی محض، لعدم الدلیل علیه علی هذا الوجه، و من ذلک و غیره یعلم أنه لا- وجه للمناقشه فی الریاض، «بأنه لا دلیل علی وجوب التبقیه المخالفه لأصاله حرمه التصرف فی مال الغیر و استناد البعض الی استلزام کون الثمره للبائع ذلک غیر بین، و حدیث نفی الضرر بالمثل معارض، فان کان إجماع أو قضاء عاده بذلک؛ و إلا فالأمر ملتبس» و قد عرفت أنه لا التباس فیه سیما بعد شهره الأصحاب، بل لم یعرف فیه خلاف باعتراف المناقش، و من غریب ما اتفق له أنه هنا توقف فی الحکم أشد توقف؛ حتی جعل الأمر علیه ملتبسا و قد تقدم له فی باب الشروط أنه لا إشکال فی الحکم المزبور.

و کیف کان فلو اختلفت العاده فالأغلب إذا کان بحیث ینصرف الإطلاق إلیه و مع التساوی احتمل وجوب التعیین، للغرر، و التنزیل علی الأدنی اقتصارا فیما خالف الأصل الدال علی حرمه التصرف فی مال الغیر علی المتیقن، و الأعلی استصحابا للجواز، و کذا لو استثناها البائع أو اشتراها خاصه من دون الأصول مشتر، و ربما ظهر من بعض نصوص الزرع (۲)أن الخیار بید من له الثمره فإن تم و إلا کان القول

بالتعیین متجها، لعدم معلومیه قصدهما الذی قد عرفت مدخلیته، و لذا کان الحکم فیما لو اعتاد قوم علی قطع الثمره قبل أوان بلوغها تنزیل الإطلاق علیه، کما صرح به الفاضل و غیره، و کذا لو تعارف عندهم بقاؤها إلی ما عبد ذلک نزل علیه أیضا، لأن الاعتیاد المفروض کالقرینه علی إرادتهما ذلک، إذ هو ظاهر فی أن الحکم بالبقاء لیس تعبدیا محضا، بل للقصد فیه مدخلیه نعم الغی الشارع هنا اعتبار التعیین؛ فتأمل جیدا.

و لکل من مشتری الثمره و صاحب الأصل سقی الشجره؛ مع المصلحه له، و انتفاء

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب بیع الثمار.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۹- ۱۰.

الضـرر عن الأخر، و لا يجب على البائع السـقى، و إن وجب عليه التبقيه المنصرف الإطلاق إليها، و ما عداها إنماء لا يجب عليه؛ نعم يجب عليه التمكين منه مع الحـاجه و عـدم ضـروره، فلو تلفت بترك السـقى فـان لم يكن قـد منع فلا ضـمان عليه، و إن منع ضمن، و كذا لو تعيبت، و لو تضـررا بالسـقى معا منعا منه، و لو كان يضـر أحدهما و ينفع الأخر فقد تقدم للمصـنف فيما يندرج فى المبيع ترجيح مصلحه المشترى؛ إلا أنه فرض المسأله فى بيع الأصول و بقاء الثمره للمالك، و الظاهر أنه لا فرق بين المقامين، فـالتحقيق حينئـذ مـا تقـدم هنـاك؛ كما أنه تقـدم أيضا تحقيق الحال فيما لو اسـتلزمت التبقيه ضـررا كثيرا على الأصول فلاحظ و تأمل.

فـإن منه يعلم الحـال أيضـا فيما ذكره الفاضل فيما ذكره الفضال هنا فى القواعـد «من أنه لو انقطع الماء لم يجب قطع الثمره على مشتريهـا، و إن تضـرر الأصل بمص الرطوبه» إذ ما ذكرناه سابقا و إن كان مفروضا فى بيع الأصول و بقاء الثمره للمالك كما هو المفروض؛ فى كثير من كلمـات الأصـحاب، إلاـ أنك قـد عرفت عـدم الفرق بينهما عنـد التأمل، إذ ما وجه به البقاء- هنا من أن المشترى قـد دفع ثمنه عن الثمره و بقائها، و إطلاق العقـد المنصـرف إليه كالتصـريح به؛- و العـدم بعـدم انصـراف الإطلاق إلى صوره الضرر الكثير و نحو ذلك- بعينه جار فى صوره العكس كما هو واضح و الله أعلم.

و كيف كان ففى مفروض مسأله المتن جميع ما يحدث بعد تلك الثمره الموجوده عند الابتياع للمشترى بلا خلاف و لا إشكال؛ لأنها نماء ملكه؛ كما أنه لو باع الثمره الموجوده خاصه كان جميع ما يحـدث بعـد للبائع لذلك، إلا أن الفرق بينهما أنه لو امتزجا فى الصوره الأولى لم يتجه إلاـ الشـركه؛ و لاـ فسـخ لأحـدهما و لا انفساخ، للأصل السالم عما يقتضـى أحـدهما، أما الثانيه ففى اللمعه «تخير المشترى بين الفسـخ و الشـركه، و لو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسـخ بعيب الشـركه؟ نظر؛ أقربه ذلك، إذا لم يكن تـأخر القطع بسـببه، و حينئـذ لو كـان الاختلاط بتفريط المشترى مع تمكين البائع و قبض المشترى؛ أمكن عـدم الخيار، و لو قيل: بأن الاختلاط إن كان قبل القبض

تخیر المشتری؛ و إن کان بعده فلا خیار لأحدهما کان قویا».

قلت: هو الذی ذکره الفاضل فی المختلف و التذکره، إلا أنه قال فی أولهما:

«یفسخه الحاکم لتعذر التسلیم» بل لم یذکر فی الدروس غیره جازما به، و استحسنه فی الروضه إن لم یکن الاختلاط قبل القبض بتفریط المشتری، و إلا فعدم الخیار له أحسن، لأن العیب من جهته فلا یکون مضمونا علی البائع، و لعله مراد غیره و لا یسقط هذا الخیار ببذل التفاوت کغیره من خیار الغبن و نحوه؛ بل لو بذل البائع الجمیع لم یجب القبول، للأصل و المنه، بل لو قبله أمکن عدم سقوط الخیار و ان زالت الشرکه، اکتفاء بحصول السبب أولا، خلافا للمحکی عن الشیخ و ابن البراج من أنه یقال للبائع: إما أن تسلم الجمیع فإذا فعل أجبر المشتری و إن لم یسلم یفسخ الحاکم البیع، و هو أحد قولی الشافعی؛ و الأخر الانفساخ من أول الأمر لتعذر التسلیم، و ضعفهما معا واضح، خصوصا الثانی الذی لا یتم إلا قبل القبض، مع أن تعذر التسلیم ممنوع، ضروره إمکانه و لو بدفع الجمیع، کغیره من بیع المشترک.

و منه یعلم أن المتجه الصحه حتی لو علما الاختلاط من أول الأمر؛ و لا یحتاج إلی اشتراط القطع، بل احتمل فی التذکره هنا الصحه علی تقدیر البطلان فی الامتزاج، قال:

«لأن الثمره الآن لا موجب للبطلان فیها، و الامتزاج مترقب الحصول، فلا یؤثر فی صحه البیع السابق» و مراده صحه العقد قبل الاختلاط، و إن بطل حینئذ بعد حصوله، بناء علیه فیه؛ و قد عرفت ضعفه، فلا ریب فی أولویه التفصیل السابق منهما، مقیدا بما سمعته من الروضه.

نعم یمکن المناقشه فی دعوی ضمان البائع مثل ذلک قبل القبض، إذ هو من قبیل فوات صفات الکمال، و الأصل فی العقد اللزوم خصوصا إذا لم یکن من قبله، و أما ما ذکره أولا فی اللمعه فهو مع اضطرابه واضح الضعف، إذ حاصله بعد تقیید أول کلامه بآخره أن الخیار لهما معا قبل القبض و بعده إذا لم یکن بتفریطهما، و إلا اختص به غیر المفرط.

و فيه أنه لا وجه معتـد به لخيار البائع المنافى لأصاله اللزوم بجنايه المشترى أو غيره على ماله؛ كما أنه لا وجه لخيار المشترى بعد القبض بـذلك من البـائع و غيره كما هو واضـح و منه يعلم إطلاق ما فى القواعـد «من أن الأقرب مع مماحكه البائع ثبوت الخيار للمشترى بين الفسخ و الشركه، و لا خيار لو وهبه البائع على إشكال» بل فى كلامه نظر من وجوه أخر تظهر بأدنى تأمل، كظهوره فيمـا سـمعته من المختلف من فسـخ الحـاكم، و كـذا المبسوط؛ و نحوهما ما فى الوسـيله من أنه إن اختلط و لم يتميز و لم يسـلم البـائع جميعه فسـخ العقـد بينهمـا؛ ثم على الاـشتراك يجب أخـذ قـدر ما لكل منهما من الثمره إن علماه و إن جهلا عينه، فان لم يعلما تخلصا بالصـلح و لو تنازعا فى القدر فالقول قول صاحب اليد منهما، إلا ان تشـخيصه فى الثمار مشـكل، و للشافعيه وجهان مبنيان على أن الجائحه من ضـمان البائع أو المشترى، و ثالث أنها فى يـدهما جميعا و ضـعف الجميع واضـح، و فى التـذكره «أن الوجه كون اليد للمشترى إن كان البائع سـلمه الثمره بتسليم الأصل، و إن كان الأصول فى يد البائع و الثمره فى يد المشترى فهما صاحبا يـد. قلت: اليد على الأصول لا تجدى فيما نحن فيه، مع أن الأصل أيضا موافق لصاحب الثمره، لأصاله عدم زياده المتجدد و الله أعلم.

[أما اللواحق فمسائل]

اشاره

و أما البحث فى اللواحق فمسائل

[المسأله الأولى يجوز لبائع الثمره أن يستثنى ثمره شجرات أو نخلات بعينها]

الأولى: يجوز لبـائع الثمره أن يسـتثنى ثمره شـجرات؛ أو نخلات بعينها بلا خلاف و لا إشـكال بل الإجماع بقسـميه عليه، و كـذا استثناء عذق معين و نحوه نعم لو أبهم فى شى ء من ذلك بطل بلا خلاف بل فى التذكره الإجماع عليه للجهاله فى المبيع حينئذ، و منه الأـجود أو الأردى إذا لم يكن معلوما بينهما على وجه يكون مشـخصا؛ و يجوز له أيضا بلا خلاف و لا إشـكال ان يسـتثنى حصه مشـاعه كـالثلث أو الربع، بـل الإجمـاع بقسـميه عليه أيضا، بل المشـهور بين الأصـحاب شـهره عظيمه أنه يجوز له أيضا ان يستثنى أرطالا مثلا معلومه بل فى التذكره نسبته إلى علمائنا، بل عن

الخلاف الإجماع علیه، للأصل و صحیح ربعی (۱)المتقدم سابقا و

خبره الآخر(۲)«فی الرجل یبیع الثمره؛ ثم یستثنی کیلا و تمرا؟ قال: لا بأس به قال: و کان مولی له عنده جالسا فقال المولی: انه لیبیع و یستثنی أو ساقا یعنی أبا عبد الله علیه السلام، قال: فنظر إلیه و لم ینکر ذلک من قوله»

خلافا لأبی الصلاح منا، و الشافعی و أبی حنیفه و أحمد بن حنبل من غیرنا، فلم یجوزوه، لأدائه إلی جهاله مقدار المبیع من المشاهد الذی طریق معرفته المشاهده، کما لو استثنی مشاهدا من الموزون الذی طریق اعتباره الوزن، بأن باعه الموزون مستثنیا منه مشاهدا غیر موزون، و هو اجتهاد فی مقابله النص، المعتضد بما سمعت، و بعدم تحقق الجهاله فی مثله عرفا؛ سیما بعد أن کان مرجع هذا الاستثناء إلی حصه مشاعه نسبتها إلی المجموع نسبه الأرطال المعلومه الیه، و جهاله مقدارها فی ذلک الوقت بعد أن کانت مضبوطه بما لا یقبل الزیاده و النقصان غیر قادح، کما لو باعه صاعا من الصبره علی هذا الوجه، بل الظاهر الصحه لو باع مختلف الأجزاء کالأرض و نحوها مستثنیا منها أذرعا مخصوصه علی إراده النسبه المزبوره، فتأمل جیدا.

و منه یعلم وجه ما ذکره المصنف و غیره من أنه لو خاست الثمره سقطت من الثنیا إذا کانت حصه مشاعه أو أرطا لا معلومه بحسابه بل لا أجد فیه خلافا بینهم نعم لهم بحث سابق فی

بیع الصاع من الصبره؛ و قد اعترف فی الدروس هنا بأنه قد یفهم من هذا التوزیع، تنزیل شراء صاع من الصبره علی الإشاعه، لکن فی الروضه «أنه قد تقدم ما یرجح عدمه ففیه سؤال الفرق» قلت: قد مر لنا خلاف ذلک؛ و أن الراجح تنزیله علی الإشاعه؛ بل قلنا: هناک لو صرح بعدم إراده الإشاعه، أمکن بطلان البیع، لان بیع الکلی ما لم یکن فی الذمه أو منزلا علی الإشاعه؛ یتحقق به الجهاله.

و قد یؤیده ما فی التذکره هنا من أنه لو صرح بإراده الاستثناء مما یسلم من الثمره

۱- ۱ الوسائل الباب ۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱.

أمكن بطلان البيع، اللهم إلا أن يستند فی مسأله الصاع إلی خبر الأطنان (۱)أو غيره مما مر تحقيقيه هناك، فلاحظ و تأمل ما أسفلناه هناك، فإنه نافع فی المقام بالنسبه إلی غير ذلک أيضا، حتی بالنسبه إلی اشتراط صحه بيع الصاع من الصبره، بالعلم باشتمالها عليه و عدمه، و إن كان الظاهر عدم الصحه فی المقام، مع عدم العلم؛ للشک فی أصل وجود المبيع، لاحتمال الاستغراق، تنزيلا لإطلاق النص و الفتوی علی المعهود ما يعلم فيه عدم الاستغراق مع احتماله هنا، و تكون الصحه مراعاه كما أن النقص هناك يجبر بالخيار، إلا أنه ضعيف جدا، خصوصا بناء علی أن مدرک الصحه النص السابق، و أنه لولاه لكان باطلا للجهاله، فتأمل.

و الظاهر أنه لا فرق فی استثناء الأرطال بين وجود الثمره و بين عدمها كما لو باعه ثمره سنتين مستثنيا الأرطال، للإطلاق و لا ينزل إشاعه السنه الثانيه علی نسبه السنه الأولی لاختلافها، بل كل منهما علی نسبتها، و لو لم يخرج فی السنه الثانيه إلا مقدار المستثنی فما دون، ففی الصحه و البطلان وجهان ينشئان من تنزيل ذلک منزله ما لو خاست الثمره و عدمه؛ و علی الأول يقدر لها حينئذ ثمره العاده و ينسب لها الأرطال الموجوده، فيستحق المشتری علی حسب تلک النسبه، لكنه كما تری لا يخلو من بعد، بل ينقدح منه احتمال صحه استثناء الأرطال فی الثمره المشاهده دون غيرها.

ثم إنه قد صرح غير واحد بأن طريق معرفه الإشاعه فی مسأله الأرطال تخمين الفائت بالثلث و الربع مثلا ثم تنسب الأرطال إلی المجموع، و يسقط منها بالنسبه، لكن قد يقال: ان التخمين أن صح الاعتماد عليه باعتبار انحصار الطريق فيه، فهو بالنسبه إلی الفائت، أما نسبه الأرطال فيمكن معرفتها علی التحقيق، فلا ينبغی الاكتفاء فيها بالتخمين بل الاولی الرجوع إلی الصلح بعد معرفتها أيضا لعدم الدليل علی الاكتفاء بالتخمين الذی يمكن أن يكون محلا للنزاع، و ربما يتعسر معرفته فی بعض الأحوال أو يتعذر هذا.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۹ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث ۱.

و قد قید ثانی المحققین و الشهیدین و غیرهما نحو إطلاق المتن بما إذا کان التلف بغیر تفریط، قیل: و المراد إنه إذا کان بتفریط المشتری مثلا اختص التالف به، قلت:

الظاهر إراده اختصاص الضمان به؛ و إلا فلا ریب فی أن التالف علی کل تقدیر یکون منهما، بناء علی الإشاعه المزبوره؛ لعدم ما یقتضی اختصاص التالف أو الباقی بأحدهما، فلا فرق حینئذ فی ذلک بین کون التلف منهما أو من أجنبی أو من آفه سماویه، فیکون الإطلاق حینئذ صحیحا، اللهم إلا أن یدعی عدم جریان حکم الإشاعه لو کان التلف من أحدهما أو خصوص المشتری و هو کما تری:

[المسأله الثانیه إذا باع ما بد إصلاحه فأصیب قبل قبضه کان من مال بایعه]

المسأله الثانیه: إذا باع ما بد إصلاحه مثلا فأصیب الکل بآفه من الله سماویه أو أرضیه قبل قبضه الذی هو التخلیه کان من مال بایعه کغیره من أفراد المبیع للعموم و غیره مما تقدم فی محله، و الظاهر إلحاق النهب و السرقه و نحوهما مما لا یکون المتلف فیه شخصا معینا، بها لا بتلف الأجنبی الذی ستعرف أنه مسلط علی الخیار، دون الانفساخ، لصدق التلف بها و قد سمعت ما فی خبر عقبه(۱)من السرقه، و فی التذکره هنا «لا فرق بین أن یکون التلف بأمر سماوی کالریح و الثلج و البرد أو بغیر سماوی کالسرقه و الحرق» إلا أن الظاهر إراده التعریض به علی خلاف أحمد، من أنها ان تلفت بأمر سماوی کان من ضمان البائع، و إن تلفت بنهب أو سرقه کان من ضمان المشتری فتأمل جیدا.

و کذا لو أتلفه البائع مباشره أو تسبیبا لأولویته من التلف بالافه؛ لکن ظاهره الانفساخ قهرا به کالافه، و لم أعرفه إلا للمحکی عن الشیخ فی مبسوطه و محتمل الإیضاح، لصدق التلف و هو جید؛ إلا أن الفرق بینه و بین تلف الأجنبی غیر واضح، و من هنا کان المعروف بین المتأخرین إلحاقه به، فیتخیر المشتری بین الفسخ و مطالبه البائع بالمثل أو القیمه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۰ من أبواب الخیار الحدیث- ۱.

و إن أصيب البعض انفسخ العقد فيه بلا خلاف فيه بيننا، و أخذ السليم بحصته من الثمن و كان له خيار التبعيض، بل فى التحرير «إن اختار الإمساك فالأقرب تخير البائع» و هو لا يخلو من نظر و لو أتلفه أجنبى كان المشترى بالخيار بين فسخ البيع، و بين مطالبه المتلف بلا خلاف أجده، فيه، جمعا بين ما دل على ضمان البائع، و على ضمان من أتلف مال غيره، و لا ينحصر المراد بضمان البائع فى الانفساخ قهرا الذى على تقديره هنا تلغو قاعده ضمان المتلف، فلا بد حينئذ من إراده الفسخ الاختيارى هنا، من ضمان البائع و لوجوب التسليم عليه، و قد تعذر؛ و من ذلك يظهر لك قوه الخيار فى إتلاف البائع، لا الانفساخ فتأمل جيدا، لما تقدم سابقا منا من التوقف فى اقتضاء مثل هذا التعذر الموجب ضمانا على الغير الخيار.

و لو كان التلف للكل أو البعض بآفه أو من أجنبى بعد القبض و هو التخليه مطلقا أو فى نحوه الثمره التى هى حال كونها على الشجر من غير المنقول، لم يرجع على البائع بشى ء على الأشبه بأصول المذهب و قواعده، لخروجه عن ضمانه بالقبض، فلا انفساخ حينئذ و لا فسخ، لكن فى المحكى عن المبسوط و إن قلنا أنه ينفسخ فى مقدار التلف أى بالافه كان قويا.

و فى المسالك «ذهب بعض الأصحاب إلى أن الثمره على الشجره مضمونه على البائع، و إن أقبضها بالتخليه نظرا إلى أن بيعها بعد بدو الصلاح بغير كيل و لا وزن على خلاف الأصل، لأن شأنها بعده النقل، و الاعتبار بالوزن أو الكيل، و إنما أجيز بيعها كذلك للضروره، فيراعى فيها السلامه؟» قلت: لم نعرف القائل بذلك منا نعم حكاه فى التذكره عن الشافعى فى القديم معللا له بأن التخليه ليست بقبض صحيح، و لهذا لو عطشت الثمره كان من ضمان البائع أيضا تلفت و هو كما ترى، تعليلان عليلان، فلا ريب فى أن المتجه ما ذكرنا، بل لو أتلفه البائع أيضا لم يثبت للمشترى فسخ و لا انفساخ، لعدم الدليل و إن رجع عليه بالمثل أو القيمه كالأجنبى.

و لو أتلفه أى المبيع المشترى فى يد البائع استقر العقد، و كان الإتلاف

کـالقبض، و کـذا لو اشترى جـاريه و أعتقها قبل القبض فإنه بمنزله القبض منه، ضـروره ظهور ما دل على ضـمان البائع فى كونه إرفاقـا بحـال المشترى؛ فلا يشـمل ما إذا كان هو المتلف، و فى المسالک «إن إتلاف المشترى للمبيع فى يـد البائع أعم من كونه بـإذن البـائع و عـدمه، فان كان باذنه فهو قبض تترتب عليه أحكامه مطلقا، و إن كان بغير إذنه كما هو الظاهر فهو قبض من حيث انتقال الضمان إلى المشترى، و إن تخلف عنه باقى الاحكام و الفرض هنا انتقال الضمان، و إنما شبه الإتلاف بالقبض و لم يجعله قبضـا لأـن الإتلاف قـد يكون بالتسبيب، فيكون فى حكم القبض خاصه، و قـد يكون بمباشـره المتلف فيكون قبضا حقيقه» قلت: مقتضـى التفصـيل الأخير؛ عدم مراعاه الاذن فى تحقق القبض و عدمه، و مقتضـى التفصـيل الأول عدم مراعاه المباشـره و عدمها، على أن قد سـمعت فى المباحث السابقه ما فى التذكره من عدم تحقق القبض بالإتلاف لو كان جاهلا و لو مع المباشـره، فلاحظ ما أسفلناه سابقا و تأمل.

و كيف كـان ففى حواشـى الشـهيد هنـا «أن الاقسـام أربعه عشـر، لان التلف إما من البائع و المشترى أو من غيرهما، أو من البائع خـاصه؛ أو المشترى خـاصه، أو من البـائع و أجنبى، أو من المشترى و أجنبى، أو منهمـا و أجنبى، فالأقسام سـبعه و حينئـذ إما أن يكون قبـل القبض، أو بعـده، فتبلغ أربعه عشـر وجهـا، فالسـبعه التى قبـل القبض دركهـا على البائع إن لم يشاركه المشترى، و إن شاركه المشترى فالدرک على المشترى، و السـبعه التى بعد القبض دركها على المشترى، ففى الأول ما أتلفه المشترى فهو قبض، و ما أتلفه البائع فالمشترى بالخيار بين المطالبه بالمثل أو القيمه إن لم يكن مثليا؛ أو يفسخ و يغرم ما أتلف، و فى الثانى يتخير بين المطـالبه المتلف مع الإجـازه؛ أو يفسـخ و يرجع بـالثمن على البـائع، و فى الثـالث هو بالخيـار أيضـا؛ و فى الرابع قبض منه، و فى الخامس يتخير، و فى السادس التلف منه و يرجع على الأجنبى بمقدار ما أتلف. و فى السابع أيضا كذلک يسقط ما أتلفه بفعله و يرجع عليهما بما قابل فعلهما».

قلت: لاـ يخفى عليـک زيـاده الاقسام مع ضم الآفه إليها كما أنه لا يخفى عليک ما فى إطلاق قوله إن الـدرک على المشترى مع المشاركه، بل ظاهر كلامه عدم الخيار فى السادس

و السابع، و الفرق بينه و بين الأول غير واضح، فالمتجه ثبوت الخيار فى الجميع، مع كون المراد بالشركه اختصاص كل بتلف البعض على جهه الاستقلال، أما إذا كان الاشتراک على وجه يكون كل منهم بعض العله بحيث استند التلف إلى المجموع فلا يبعد عدم الخيار فى الجميع؛ أى جميع الصور التى يدخل فيها المشترى؛ لعدم الإرفاق فيه حينئذ؛ و الأصل اللزوم، بل لو فرض الاشتراک على هذا الوجه بين المشترى و الآفه أو البائع، بناء على أنه كالافه لم يكن انفساخ؛ لعدم صدق المتلف على كل منهم، بل هو بعض المتلف، و فرق واضح بين متلف البعض و بعض المتلف و التنصيف بالضمان مثلا، لا لأن كلا منهما قد أتلف نصفا بل لكون المجموع مصداق من أتلف، فضمان الكل عليه، لا على كل واحد منهما فينصرف إلى الاشتراک.

أما فى نحو المقام فالأصول تقتضى لزوم العقد، فمع فرض تعليق الانفساخ مثلا على التلف بالآفه، لم يصدق مع كونه جزء سبب؛ و كذلک مقتضى الخيار لو فرض كونه كذلک نعم لو اشترک ما يقتضى الانفساخ و ما يقتضى الخيار كالافه و الأجنبى، أمكن ثبوت الخيار فى المقام لانه مقتضى كونه مضمونا على البائع مع احتمال عدمه، كما أن الظاهر ثبوت الخيار مع شركه البائع و الأجنبى كذلک أيضا، و لو اشترک البائع و الآفه؛ و قلنا إن إتلاف البائع مثلها فى الانفساخ، فالمتجه حصولها معهما إلا أن يفرض كون العنوان فى كل منهما على جهه الاستقلال على وجهه لا يندرج فيه حال الاشتراک، و حينئذ يتجه الخيار بناء على أن مقتضيه تعذر التسليم و الفرض حصوله، فقد ظهر من ذلک أنه حيث يدخل المشترى يرتفع الانفساخ و الخيار، و يكون جزئيته فى الإتلاف بمنزله القبض، و يرجع على من شاركه على حسب شركته فى السببيه فتأمل جيدا، فإن المسأله محتاجه مع ذلک إلى التحرير، بل فيه احتمالات آخر هذا.

و الظاهر جريان حكم التلف قبل القبض و بعده بالنسبه إلى ثمره السنه الثانيه لو كانت بعض المعقود عليه و لا يقوم القبض فى السنه الأولى عنه فيها، كما أنه لا ينافى ذلک

استقرار الثمن على المشترى لو لم تظهر ثمره أصلا، كما يشهد لهم

قوله عليه السلام (۱)«ان لم تخرج فى هذه السنه تخرج فى قابل»

لان ذلک مقتضى العقد على المعدوم الذى صيره الشارع بحکم الموجود فى صحه البيع، بل هو غير مندرج فى المبيع التالف قبل القبض، لعدم وجوده، بخلاف ما لو ظهرت فتلفت قبل التخليه مثلا، إذ لا ريب فى الاندراج، کما أن جميع ما تقدم بالنسبه إلى الثمره الأولى مما يقتضى الخيار أو الانفساخ جار فيها.

و بذلک ظهر لک الفرق بين ظهور عدم الثمره و بين تلفها قبل القبض، فلا ضمان على البائع فى الأول، بخلاف الثانى و تحقيقه أن المبيع فى الأول الثمره الحاصله منضما إليها الثمره المتجدده فى السنين- نحو انضمام المعدوم إلى الموجود فى الوقف على معنى مشارکته للموجود إن حصل؛ و إلا فلا بطلان للوقف،- و قلنا إن تجددت ثمره کانت مبيعا، و إلا کان المبيع الموجوده، و مرجعه بيع ثمره هذا النخل سنين کائنه ما کانت، لا أن المبيع ثمره کل سنه على وجه يکون ملاحظه مستقله، و إنما هو ما عرفت و إن لم يعلم مصداقه، فيحتمل کونه الموجود خاصه و يحتمل حصول غيره معه؛ نحو ثمره الشجره الواحده، إذا ظهر بعض ثمرها و لم يظهر الباقى، و أريد بيع ثمرها أجمع، و بما کان فى قوله عليه السلام إن لم تخرج هذه، إلى آخره إيماء إليه، و إن کان مورده التعدد من السنين قبل الظهور، و لکن يفيد أن المبيع ثمره کليه لا يعلم مصداقه و لا زمان وجودها، فهو ينفع فيما نحن فيه و شبهه من الصور الصحيحه.

بل لعل ضم البقله و الرطبه فى موثق سماعه السابق (۲)من هذا القبيل بناء على ما ذکرناه من إراده خصوص البقله و الرطبه فى البستان، فيکون المبيع أحدهما مع ثمره البستان المحتمل حصولها، فان خرجت کانت من المبيع و إلا کان المبيع البقله أو الرطبه، و حينئذ تکون من مسأله جواز بيع ثمره البستان التى ظهر بعضها و لم يظهر الأخر، من غير

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۱.

فرق بين اتحاد النوع و اختلافه، و بين الخضره و الغله و غيرهما كما سمعته.

و بـالجمله إذا كـان المبيع كليا تتعـدد مصاديقه في الخارج، و المفروض مشـروعيته في بيع الثمار، يتجه عـدم ضـمان البائع لو لم يحصل المصداق الأخر، ضـروره وجود مصداق آخر له و هو الموجود، نعم لو فرض كون المبيع ثمره كل سنه على وجه يكون كل منهما مبيعا مسـتقلا، و قلنا بصـحته في الثمار، و لو لإطلاق الأدله، يتجه حينئذ ضـمانه على وجه يقتضي توزيع الثمن، ضروره عدم حصول بعض المبيع المفروض اراده مقابلته بالثمن.

و لعـل من ذلـك البيع خرطتين مثلاـ مع فرض عـدم حصول الخرطه الثـانيه، و لـذا صـرح بعضـهم بتوزيع الثمن فيه، لأـن الخرطه الاولى لا تكون مصداقا للخرطتين اللتين هما متعلق البيع، بخلاف نحو بيع ثمره النخل إلى سـنتين مثلا؛ فالمتجه حينئذ التفصـيل و مع الإطلاق لا يبعد تنزيله على الأول، و لا يقدح زياده الثمن في

مقـابله، فـإنه أعم من ملاحظه كونه مبيعا مستقلا بل كملاحظه الأوصاف و حمل الـدابه المحتمل إذا بيعت على ما هي عليه، بل هنا أقوى، للعاده، و ربما يؤيده السـيره المسـتمره على عدم رجوع المشترى بما يخص بعض النخل الذى لم يظهر حمله في بعض السـنين، اللهم إلاـ أن يكون وجهه التسامـح فتأمـل جيـدا فـإن المسأله غير محرره في كلامهم، و إن كان يلوح منهم الأول، و الله العالم. ثم إن الضـمان هنا حيث يتحقق على البائع أو الأجنبي فهو بالمثل؛ حيث يكون مثليا، كما لو كان تمرا و نحوه، أما لو كان من قبيـل الطلع و نحوه فضـمانه بـالقيمه؛ فيقوم حينئـذ على حـاله، باقيا إلى أو ان بلوغه محتملا للعوارض، و يـدفع له قيمته فتأمل جيدا و الله أعلم.

[المسأله الثالثه يجوز بيع الثمره في أصولها بالأثمان أو العروض]

المسـأله الثـالثه لاـ خلاـف و لاـ إشـكال في أنه يجوز بيع الثمره للنخـل و غيره في أصولهـا بالأثمـان أو العروض أو بهمـا معا، أو بغيرهمـا من المنـافع و الاعمـال و نحوهـا؛ كغيرها من أفراد المبيع؛ للأصل و إطلاق الأدله نعم لا يجوز بيع ثمره النخل منها بماءه كر مثلاـ من ثمر منهـا إجماعـا بقسـميه، بـل المحكى منهـا مسـتفيض أو متواترا؛ لعـدم جواز اتحـاد الثمن و المثمن، و لاـن هـذه المعامله هي

المتیقن من تحریم المزابنه التی علم بـالنص (۱)و الإجمـاع حرمتهـا، بل قیل انها هی بیع الثمره فی النخل بتمر و لو کان موضوعا علی الأـرض، و هو الأـظهر فیکون المجموع محرمـا کمـا هو أشـهر القولین، بل هو المشـهور بین المتقـدمین و المتأخرین نقلا و تحصیلا، بل عن ظاهر الغنیه کالروضه الإجماع علیه، ل

صحیـح عبـد الرحمن بن أبی عبـد الله (۲)عن الصـادق علیه السـلام «نهی رسـول الله صـلی الله علیه و آله و سـلم عن المحـاقله و المزابته قلت: و ما هو؟ قال: أن یشتری حمل النخل بالتمر و الزرع بالحنطه»

و الظاهر إراده اللف و النشر المشوش، لکن فی

موثقه الآخر عنه (۳)أیضـا «نهی رسول الله صـلی الله علیه و آله و سـلم عن المحـاقله و المزابنه فقال: المحاقله بیع النخل بالتمر، و المزابنه بیع السنبل بالحنطه»

و مال إلیه الکاشانی و المحدث البحرانی إلا أن الاولی حمله علی ضرب من المجاز، کالمحکی عن سلار المحاقله محرمه و هی أن یبیع التمر فی رؤس النخـل بـالتمر، و الزرع بـالحنطه کیلاـ و جزافا، و کأنه أو همه ما فی المقنعه «لا یجوز بیع التمر فی رؤوس النخل بالتمر کیلا و لا جزافا، و لا یجوز بیع الزرع بالحنطه أیضا کیلا و لا جزافا، و هذه هی المحاقله».

إلا أن الظاهر إراده الأخیر من الإشاره، أو یحمل علی وهم الراوی، لمخالفته المنصوص علیه عند الأصحاب و أهل اللغه، و لما

فی خبر أبی القاسم ابن السـلام (۴)المروی عن معـانی الأخبار مسـندا عن النبی صـلی الله علیه و آله و سـلم فی «أنه نهی عن بیع المحاقله و المزابنه، و المحاقله بیع الزرع و هو فی سنبله بالبر، و المزابنه بیع التمر فی رؤوس النخل بالتمر»

و الأمر سهل بعد حرمتها معا و انما تظهر الثمره فی العهد و الیمین و نحوهما.

و علی کل حال فهما دالان علی حرمه البیع بالتمر مطلقا، مؤیـدا ذلک بظاهر خبر ابن سـلام المتقـدم حیث خص الرخصه فی بیع الثمره بالتمر بالعریه، و ب

خبر السکونی(۵)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۴ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱.

عن الصادق عليه السلام «رخص رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى العرايا أن تشترى بخرصها تمرا، قال:

و العرايا جمع عريه و هى النخله يكون للرجل فى دار رجل آخر، فيجوز أن يبيعها بخرصها تمرا، و لا يجوز ذلك فى غيره»

بناء على ما قيل: من أن دلالته ظاهره ان جوزنا بيع ثمره العريه بتمر من نفسها؛ و إلا فهى صريحه لاختصاص الرخصه حينئذ ببيعها بتمر من غيرها، و مقتضاه رجوع الإشاره فى لفظ ذلك إليه؛ و هو صريح فى المنع كما لا يخفى.

بل قيل أن به يضعف احتمال العهديه فى الكلام فى الخبرين السابقين، و رجوعها إلى ثمره نفس النخله المذكوره سابقا، فإن أخبارهم عليهم السلام يكشف بعضها عن بعض، مع بعده فى الخبرين الأولين، إذ لم يتقدم لتمرها ذكر فيهما سابقا، و الحمل فى أحدهما و النخل فى آخر أعم من الثمر فكيف يمكن جعل الكلام للعهد؛ و لا إشاره إليهما كل ذلك مضافا إلى اقتضاء اختصاص المزابنه بالأول عدم الخصوصيه لها هنا، فان عدم جواز البيع ببعضه معلوم فيها و فى غيرها، بل الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين جعل الثمن حصه مقدره بالمقدار المعلوم منها، و بين جعله كليا مشروطا كونه منها، ضروره رجوعه إلى الأول بل لو جعل مشروطا تأديته منها، كان كذلك أيضا، و إن كان فى اقتضاء القواعد بطلانه نظر، إلا أنه يكفى فى عدم جوازه هنا إطلاق معاقد الإجماعات، و مضافا إلى التعليل بعدم الا من الربا، و إن كان فيه منع واضح هنا، باعتبار عدم كون الثمره على النخل مقدره بالكيل و الوزن، و ستسمع التصريح فى الخبر هنا بعدم الربا فيه؛ و قد عرفت اشتراطه فى ذلك، و أنه لا يجدى صيرورته بعد ذلك مقدرا، كما لا يجدى موزونيه جنسه، إذا لم يكن على الأصول.

اللهم إلا أن يستند فى ذلك إلى موثق سماعه(۱)الأمر بشراء الزرع فيه بالورق معللا بأن أصله

طعام، مؤيدا بما يظهر منهم فى العريه من جريان حكم الربا فيها فى الجمله إلا أن الاعتماد على ذلك و نحوه فى الخروج عما يقتضى الجواز واضح المنع؛ كوضوح

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب بيع الثمار الحديث- ۳ و ۴.

منع تعـديه عله النقصان عنـد الجفاف، ضـروره ظهور دليلها فى الربا بين المقدرين بهما، مع أنها غير عامه لسائر أفراد المقام التى منها البيع لليابس باليابس، و الرطب بالرطب.

فالأولى الاقتصار فى الاستدلال للعدم بما عرفت، خلافا للشيخ فى النهايه قال:

«لاـ يجوز بيع الثمره فى رؤوس النخـل بالتمر كيلا و لا جزافا؛ و فى المزابنه التى نهى النبى صـلى الله عليه و آله و سـلم عنها(۱)و كـذلك لاـ يجوز بيع الزرع بالحنطه من تلك الأرض، لا كيلا و لا جزافا، و هـذه المحاقله، فإن باعه بحنطه من غير تلك الأرض لم يكن به بأس، و كـذلك إن باع التمر بالتمر من غير ذلك النخل لم يكن أيضا به بأس» قيل: و الخلاف لكن المحكى عنه فى المختلف «لا يجوز المحاقله و هو بيع السنبل التى انعقد فيها الحب، و اشتد بحب من جنسه، أو من ذلك السنبل؛ و روى أصحابنا أنه إن بـاع بحب من جنسه من غير ذلك السـنبل فإنه يجوز و قال الشافعى: لا يجوز بيعها بحب من جنسـها على كل حال؛ و إليه ذهب قوم من أصابنا و المزابنه بيع التمره على رؤوس النخل بتمر موضوع على

الأـرض و من أصـحابنا من قـال: المحرم أن يبيع على رؤوس النخـل بتمر منه، فأمـا بتمر آخر فلاـ بـأس؛ و هو كما ترى ظاهر مع المشهور.

نعم حكى فيه عن المبسـوط، أنه قـال: «بيـع المحـاقله و المزابنه حرام بالإجمـاع، و إن اختلفوا فى تـأويله، فعنـدنا أن المحـاقله بيع السـنابل التى انعقـد فيهـا الحب و اشـتد، بحب من ذلـك السـنبل، و يجوز بيعه بحب من جنسه على ما روى فى بعض الاخبار، و الأـحوط أن لاـ يجوز بيعه بحب من جنسه على كـل حـال، لاـنه لاـ يؤمن أن يؤدى إلى الربا، و المزابنه هى بيع التمر على رؤوس الشـجر بتمر منه، فأما بتمر موضوع على الأرض فلا بأس به، و الأحوط أن لا يجوز ذلك لمثل ما قلناه فى السـنابل سواء» و ظاهره الجواز بناء على عـدم وجوب هـذا الاحتياط عنده، و هو المنقول عن كامل ابن البراج، و إن وافق المشـهور فى مهذبه؛ و عن أبى الصلاح فى ظاهر المحكى عنه فى المختلف، و ربما حكى عن قطب

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب بيع الثمار الحديث- ۱- ۲.

الذین؛ و هو ظاهر تذکره الفاضل أو صریحها للأصل و العمومات.

و

صحیح الحلبی (۱)«قال أبو عبد الله علیه السلام: فی رجل قال للآخر بعنی ثمرتک فی نخلک هذه التی فیها؛ بقفیزین من تمر أو أقل أو أکثر، یسمی ما شاء فباعه؟ قال: لا بأس به، و قال: البسر و التمر من نخله واحده لا بأس به فاما

أن یخلط التمر العتیق و البسر فلا یصلح، و الزبیب و العنب مثل ذلک».

و

موثق الکنانی (۲)«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول: إن رجلا کان له علی رجل خمسه عشر وسقا من تمر، و کان له نخل فقال له: خذ ما فی نخلی بتمرک فأبی أن یقبل فأتی النبی صلی الله علیه و آله و سلم فقال: یا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم ان لفلان علی خمسه عشر وسقا من تمر فکلمه یأخذ ما فی نخلی بتمره، فبعث النبی صلی الله علیه و آله و سلم فقال: یا فلان خذ ما فی نخله بتمرک، فقال:

یا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم لا یفی و أبی أن یفعل، فقال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم لصاحب النخل: جذذ نخلک فجذه وکاله خمسه عشر وسقا، فأخبرنی بعض أصحابنا عن ابن رباط و لا أعلم إلا أنی قد سمعته منه، قال إن أبا عبد الله علیه السلام قال: إن ربیعه الرأی لما بلغه هذا عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم قال: هذا ربا، قلت أشهد بالله؛ إنه لمن الکاذبین؛ قال: صدقت».

و

خبر یعقوب ابن شعیب (۳)عن الصادق علیه السلام «سألته عن الرجلین یکون بینهما النخل، فیقول أحدهما لصاحبه اختر إما أن تأخذ هذا النخل بکذا و کذا کیلا مسمی و تعطینی نصف هذا الکیل زاد أو نقص؛ و إما أن آخذه أنا بذلک، و أرده علیک قال: لا بأس بذلک»

و

خبره الأخر(۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل یکون له علی الأخر ماءه کر من تمر، و له نخل فیأتیه فیقول: أعطنی نخلک هذا بما علیک فکأنه کرهه»

و فیه أن الأصل و العموم مقطوعات بما عرفت، و صحیح الحلبی- بعد رجحان ما مر علیه بالشهره و غیرها- یمکن حمله علی العریه، علی أن إطلاقه مخالف للجمع علی خلافه من البیع بمقدار منها،

١- ١ الوسائل الباب ۶ من أبواب بيع الثمار الحديث- ١ باختلاف يسير.

٢- ٢ الوسائل الباب ۶ من أبواب بيع الثمار الحديث- ٣ باختلاف يسير.

٣- ٣ الوسائل الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار الحديث ١.

۴- ۴ الوسائل الباب ۶ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢.

بل قوله فيه البسر و التمر إلى آخر مما لا يظهر له وجه معتد به، بل رواه

المحدث الحر فى الوسائل (۱)فى باب جواز بيع المختلفين متفاضلا من الربا «قفيزين من بر»

و موثق الكنانى (۲)لا دلاله فيه على البيع، بل هو إما وفاء، أو أن المراد منه إرضاؤه بذلك؛ ثم تفعل الصوره التى يسلم معها من المزابنه بالصلح، أو بالهبه و الإبراء، و نحو ذلك يجرى فى الخبرين الأخيرين بعده، مضافا إلى عدم الجابر للمحتاج إليه منهما، فلا ريب فى أن ما تقدم حينئذ أقوى، لكن ظاهر الأدله اختصاص المنع لو كان الثمن التمر خاصه، فلو مزج معه غيره خرج عن إطلاق النص، و ان لم نقل أن المانع الربا كما يخرج لو مزج مع المبيع ذلك، بل الظاهر خروجه أيضا

لو بيع حمل النخل بغير التمر من الطلع و نحوه، لاعتبار التمر فى ثمن المزابنه، أما لو باع الطلع و نحوه بالتمر كان مزابنه لأن الموجود فى الخبرين السابقين الحمل و ما فى النخل.

نعم لا فرق على الظاهر بين كون التمر ثمنا أو مثمنا مع احتماله؛ اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن؛ بل قد يحتمل اعتبار التمريه فيما كان على رؤوس النخل أيضا، جمعا بين الخبرين؛ و خبر ابن سلام الذى يمكن دعوى التنافى بينها من جهه التسير ثم إنه هل يجوز ذلك فى غير ثمره النخل من شجر الفواكه كما صرح به جماعه، بل هو ظاهر آخرين، لاختصاص المزابنه كما عرفت بالنخل، فيبقى غيره على القواعد قيل و القائل المشهور كما فى الروضه و إن كنا لم نتحققه لا، لانه لا يؤمن الربا و قد عرفت ما فيه كما عرفت ما فى الاستناد إلى عله النقصان بعد الجفاف، فلا معارض حينئذ لمقتضى الجواز من الإطلاقات و غيرها.

نعم المنع متجه، فيما لو كان بمقدار منها؛ بناء على ما عرفت من اقتضاء القواعد العدم فيه، إلا فى صوره اشتراط التأديه منها على إشكال فيها أيضا، و من الغريب

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب الربا الحديث- ۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۳.

مـا فی الریاض «من أن الأصل یقتضـی الجواز مطلقا و لو بالمجانس منها أو من غیرها، ناسـبا له إلی تصـریح جماعه؛ و لم أجـده لغیر الفاضـل فی التـذکره ممن یعتـد بقـوله: نعم ربمـا یتوهم ذلـک من بعض العبـارات خصوصـا المتضـمنه منهـا لعـدم إلحـاقها بالمزابنه، الظاهره فی عـدم جریان حکمها بالتفسـیرین السابقین، و لا ریب فی أنه وهم واضـح ضـروره اقتضاء عـدم إلحاق البقاء علی القواعـد التی لاـ ریب فی اقتضائها البطلان، إذا کان الثمن منها للاتحاد، و سـتعرف أن المشـهور المنع من ذلک فی العریه، المستثناه بالخصوص من حکم المزابنه فضلا عما نحن فیه، و الله اعلم.

و کـذا لاـ یجوز بیع السـنبل بحب منه إجماعـا بقسـمیه بـل المحکی منه مسـتفیض أو متواتر؛ و لاتحاد الثمن و المثمن فیه نحو ما تقـدم فی المزابنه و هـذه المعـامله هی المتیقن من المحـاقله المعلوم حرمتها نصا و إجماعا، إذا کان الحب الـذی هو الثمن حنطه لسنبلها کما ستعرف، و إن کان التحریم هنا للتعلیل الأخیر عاما لسائر أفراد السنبل و قیل: و القائل المشهور نقلا و تحصیلا بل عن ظاهر الغنیه الإجماع علیه أیضا هی بیع السنبل بحب من جنسه کیف کان، و لو کان موضوعا علی الأرض و هو الأظهر.

للنصوص المتقدمه(۱)سابقا المعتضده هنا لخصوص الموثق (۲)«الآمر بشراء الزرع بالورق المعلل بأن أصله طعام الظاهر فی المنع عن بیعه بالطعام، خلافا لمن تقدم فی المزابنه فخصها بالأول، و جوز الثانی للعمومات، و

صحیح الحلبی (۳)عن الصادق علیه السلام «فی حدیث لا بأس ان تشتری زرعا قد سنبل و بلغ بحنطه»

و

صحیح إسماعیل بن الفضل الهاشمی (۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن بیع حصائد الحنطه

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۳ من أبواب بیع الثمار.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۴۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱.

۴- ۴ الکافی ج ۵ ص ۲۷۷ باب بیع المراعی فی ذیل حدیث ۴ الطبع الحدیث.

و الشعير و سائر الحصائد؟ قال حلال فليبعه بما شاء»

و

حسن الوشاء(۱)«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى من رجل جربانا معلومه؛ بمأه كر على أن يعطيه من الأرض؟ قال: حرام فقلت: جعلت فداك فانى أشترى منه الأرض بكيل معلوم و حنطه من غيرها، قال: لا بأس بذلك».

و فيه أن العموم مخصوص بما عرفت، و صحيح الحلبى قاصر عن معارضه الأدله السابقه المعتضده بالشهره و غيرها، مع أن إطلاقه شامل للجميع على خلافه من البيع بحنطه منه، فلا بأس بحمله على الصلح و نحوه، بل فى الرياض احتمال اختصاصه بصوره عدم التجانس بينها و بين السنبل، كما إذا كان أرزا أريد بيعه بها، و لا كلام فى الجواز حينئذ، و صحيح إسماعيل- مع أنه ظاهر فى الحصائد و ليس

الكلام فيها، بل فيما لم يحصد و شامل لما لا نقول به؛ من البيع بحب منها- ليس فيه إلا العموم المخصوص بالأدله السابقه، بل عن التهذيب أنه رواه ان شاء بدل بما شاء؛ فلا عموم فيه حينئذ و حسن الوشاء إنما هو فى بيع نفس الأرض بحاصلها و غيره أو فى إجارتها بذلك، لا فى بيع السنبل فيها، و تأويله إليه بإضمار أو تجويز لا داعى إليه على أن أقصاه الاحتمال الذى لا يتم به الاستدلال، فظهر حينئذ من ذلك كله أن الأقوى التحريم؛ بل الظاهر أنه من المحاقله، إنما الكلام فى تنقيح المراد بها، و فى الرياض «إن الموجود فى أكثر النصوص و الفتاوى السنبل».

قلت الموجود فى المسالك «انه اختلف عبارات النصوص و الفقهاء فى اسم المبيع فيها، فبعضهم عبر عنه بالزرع، و منه الروايه السابقه، و منهم من عبر بالسنبل كعباره المصنف، و يظهر من كلامهم الاتفاق على أن المراد به السنبل؛ و إن عبروا بالأعم» و قد سمعت عباره المبسوط، بل قد سمعت غيرها أيضا و فى الغنيه و الوسيله و النافع و غيرها السنبل، كما أن فى القواعد و غيرها الزرع إلا أن الذى يقتضيه النظر

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب بيع الثمار الحديث- ۲.

فی الجمع بین النصوص السابقه إراده السنبل من الزرع، حملا للمطلق علی المقید الوارد فی التفسیر الذی بذلک ینافیه، مؤیدا بأصاله الجواز فی غیره.

قال فی التذکره «لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس؛ لأنه حشیش و هو غیر معلوم و لا مکیل، سواء تساویا جنسا أو اختلفا؛ مع أنه لا مخالف صریح، إذ یحتمل إراده من عبر بالزرع السنبل أیضا، فاحتماله حینئذ للموثق السابق الأمر بشرائه بالورق فی غیر محله، بل لا بد من حمل الموثق علی إراده السنبل أو غیر ذلک، هذا، و لکن أطلق أکثرها السنبل و الزرع فی المبیع، کما أنه قید فیه الثمن بالحنطه و فهم فی التذکره إراده سنبل الحنطه بالحنطه؛ فقال فی أکثر تفاسیر المحاقله أنها بیع الحنطه فی السنبل بحنطه ثم احتمل فیها دخول الشعیر فی جنس الحنطه بل احتمل فیها صدق المحاقله علی کل زرع بیع بحب من جنسه کالدخن و نحوه، لما فی بعض ألفاظ علمائنا من تفسیرها ببیع الزرع بالحب من جنسه» قلت قد عرفت سابقا من فسرها بذلک بل هو فسرها فی القواعد ببیع الزرع بالحب و فی اللمعه بیع السنبل بحب منه أو من غیره من جنسه؛ لکن فی الدروس هی بیع السنبل من الحنطه و الشعیر بالحب من جنسه و و إن لم یکن منه.

و الذی یظهر لی من تتبع النصوص فی المقام و غیره أن إطلاق الزرع و السنبل فیها منصرف إلی الشعیر و الحنطه؛ و لعله لانه المتعارف فی ذلک الزمان و المکان.

فالخبران المشتملان علی تفسیرها ببیع الزرع أو السنبل بالحنطه لا ریب فی شمول لفظ الزرع و السنبل فیهما لهما، فیستفاد منهما حینئذ أن بیع سنبل الشعیر بالحنطه محاقله، و ما ذاک إلا لاتحاد الجنس هنا کما فی الربا، بل یستفاد منه حینئذ أیضا بیع سنبل الحنطه بالشعیر بل و الشعیر بالشعیر فتتم دلاله الخبرین علی الصور الأربعه، کما أنه بناء علی عدم الفرق هنا بین جعل الحنطه ثمنا أو مثمنا نحو ما قلناه فی المزابنه فتکون صور المنع ثمانیه فتأمل جیدا، فإنه دقیق نافع و قد تخلص من ذلک أن الاحتمالات فی المحاقله

ثلاثه أحدها بيع الزرع بحب من جنسه، الثانى بيع السنبل بحب من جنسه، الثالث بيع سنبل الحنطه و الشعير بحب منهما، و الأول لا دليل له الا الموثق المنزل على ما عرفت و لو بملاحظه الخبرين الأخيرين المنافيين له من حيث التفسير؛ بناء على أن الحرمه فيه من جهه المحاقله لا- تعبدا؛ للإجماع على كون المنع هنا لذلك؛ و التعليل فيه إن أمكن إراده الإشاره به إليها فذاك؛ و إلا فلا وجه له ظاهرا ضروره انتفاء الربا هنا بعد انتفاء شرطيه الكيل و الوزن، و أما الثانى فلا دليل له إلا الموثق أيضا المنزل على الخبرين لما عرفت، فتعين حينئذ المختار. و فى التحرير «بيع المحاقله حرام و هى بيع الزرع بحنطه أو شعير» و هو عين ما قلناه، بل لعله يرجع إليه غيره و عن ابن المتوج التصريح به أما غير الحنطه و الشعير فلا محاقله فيه حينئذ كما لا تحريم سواء بيع بالجنس أو بغيره و بالرطب و غيره، لما عرفت من عدم جريان الربا فيه، و لا تعليل النقصان بعد الجفاف كما مضى بالبحث فيه سابقا.

[المسأله الرابعه يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا]

اشاره

المسأله الرابعه لا خلاف بيننا بل و بين سائر المسلمين عدا أبى حنيفه فى انه يجوز بيع العرايا بخرصها تمرا بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه فى أعلى مراتب الاستفاضه إن لم يكن متواترا، بل فى المسالك «انه أجمع أهل العلم عدا أبى حنيفه على أنه مستثنى من تحريم المزابنه» و هو شاهد على أن المزابنه ما ذكرنا لما ستعرف من عدم جواز بيع العريه بخرصها تمرا منها، لأنه إن لم تكن المزابنه ذلك لم يكن للاستثناء وجه معتبر ضروره اتحاد الجميع فى المنع إذا كان منها، و الجواز إذا لم يكن.

فمن الغريب ما فى الحدائق من انه لا وجه لهذا الاستثناء إلا اشتهار المنع، و إلا فالحكم فى الجميع متحد، و فيه مضافا إلى ما سمعت ظهور نصوص العريه فى الاستثناء ف

فى خبر السكونى (۱)عن الصادق عليه السلام «رخص رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى العرايا أن تشترى بخرصها تمرا، قال: و العرايا جمع عريه و هى النخله تكون للرجل فى دار آخر فيجوز له بيعها بخرصها تمرا و لا يجوز ذلك فى غيره»

و

فى خبر أبى القاسم بن سلام (۲)المروى عن كتاب معانى الأخبار بإسناد متصل إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم «أنه رخص عليه السلام فى العرايا واحدتها عريه و هى النخله التى

يعريها صاحبها رجلا محتاجا، و الإعراء أن يبتاع

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب بيع الثمار الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۴ من أبواب بيع الثمار الحديث- ۲.

تلک النخله من المعرا بتمر لموضع حاجته، قال و کان النبی صلی الله علیه و آله و سلم إذا بعث الخراص قال: خففوا الخرص فإن فی المال العریه و الوصیه».

و فی مفتاح الکرامه إن الذی وجدته فی الکتاب المزبور ذلک إلی قوله و الإعراء أن یجعل له ثمره عامها، یقول رخص لرب النخل أن یبتاع تلک النخله من المعرا بتمر لموضع حاجته و علی کل حال فهما دالان علی ما ذکرنا؛ و من أولهما سواء قلنا أن التفسیر من النبی صلی الله علیه و آله و سلم أو الراوی یظهر ما ذکره المصنف و غیره من أن العریه هی النخله تکون فی دار الإنسان بل لا أجد فیه خلافا بینهم إلا من المحکی عن المبسوط و مهذب ابن البراج من أنها النخله لرجل فی بستان غیره، یشق علیه الدخول إلیها، مع أن المحکی عن خلاف أولهما أنها النخله تکون فی بستان الإنسان أو غیره، و کامل ثانیهما نخله تکون فی دار الإنسان لغیره فلا ینبغی التأمل فی صدق العریه علیها سیما بعد کونها معقد إجماع جماعه.

بل صرح الفاضل و الشهید و غیرهما بأنه قال، أهل اللغه: أو بستانه و هو حسن خصوصا بعد ما سمعت من خبر ابن سلام، الظاهر فی ذلک، فالجمع بین الخبرین یقتضی الجمع بینهما، کما هو المحکی عن أهل اللغه و فی الغنیه «و رخص علیه السلام فی بیع العرایا، و هو جمع عریه و هی النخله تکون لإنسان فی بستان غیره أو فی داره یشق علیه دخوله إلیها، فیبتاعها منه بخرصها تمرا، بدلیل الإجماع من الطائفه علی هذا التفسیر، و قد فسر أبو عبیده العریه بما قلناه، بل عن المهذب البارع تعدیه الحکم إلی المعصره و الخان و البزاره و الدباسه، و تبعه فی الریاض، قال: «و ظاهر إطلاق خبر ابن سلام مضافا إلی التعلیل فیه ینادی بالعموم للبستان و غیره أیضا کالخان و نحوه؛ و السند و إن قصر إلا أنه بالشهره منجبر».

و فیه أنه لا شهره علی التعمیم؛ بل هی علی العکس متحققه؛ و الظاهر أن المذکور

منه لیس عله حقیقه؛ و إلا لدار الحکم معها حیث دارت، فلا یجوز مع عدم الحاجه، و یجوز معها و إن کانت فی داره، و من المعلوم خلافه، و الظاهر إراده حاجه المعرا بالفتح باعتبار حاجته إلى التمر لا المعری بالکسر؛ فإنه لا حاجه تدعوه إلى شرائها بالتمر ضروره اندفاع الهجوم على داره و بستانه بشراء ثمرتها و لو بغیر التمر، اللهم إلا أن یکون المراد أنه لمکان حاجته فی عدم الهجوم على داره شرع له شراؤها بتمر إذ قد یمتنع صاحبها من بیعها إلا بذلک، و فی جمله من العبارات ما یظهر منه أن المشقه على البائع الدخول الى ملک غیره.

و على کل حال فلیست هی عله یدور الحکم مدارها؛ و منه یظهر النظر فیما ذکره أیضا من الاستناد إلى التعلیل المزبور فی التعدیه إلى مستعیر الدار و مستأجرها، المصرح به فی کلام الفاضل و الشهیدین و غیرهما؛ قال: «و لیس فی الروایه الأولى کبعض العبارات من حیث التقیید فیها بصاحب الدار، منافاه لذلک، لصدق الإضافه بأدنى ملابسه» لما عرفت من أن ذلک حکمه لا عله و الإضافه بأدنى ملابسه من المجاز الذی لا یحمل علیه إطلاق اللفظ.

و فی التذکره «ظاهر کلام الأصحاب یقتضی المنع من بیع العریه على غیر مالک الدار و البستان أو مستأجرهما أو مشتری ثمره البستان على إشکال» و نحوه فی القواعد، و عن الإیضاح أن وجهی الإشکال التضرر بتطرق الغیر فی ملکه، و العموم، و فی جامع المقاصد «إن ظاهر الشارحین کون الإشکال فی مشتری الثمره، و التحقیق أن القول فی شرح العریه غیر منضبط، لان کلام أهل اللغه فیه مختلف، فینبغی أن یقال:

ما ثبت القول بجوازه عند الأصحاب یجوز فیه، اعتضادا بعمومات صحه البیع، و نظرا إلى مشارکه العله، و لصدق إضافه الدار و البستان إلى المالک و المستأجر و مشتری الثمره و فی الدروس ذهب إلى إلحاق المستعیر بالمالک؛ و للنظر فی هذا البحث مجال فإن الإضافه فیما ذکر إنما هو على وجه المجاز، إلا أن یقال المشقه معتبره فی مفهوم العریه.

حيث قال الشيخ «العرايا جمع عريه و هى النخله لرجل فى بستان غيره يشق عليه الدخول إليها فيكون المناط فيها المشقه على الغير فى الدخول الى بستانه إما لمكان أهله أو لغير ذلك، فحينئذ يجوز البيع لدفع هذه المشقه فعلى هذا حيث تثبت هذه المشقه فى النخله الواحده على الغير تثبت الرخصه.

قلت: لم يعد هذا التحقيق إلى حاصل يعول عليه كما أن ما ذكره أخيرا مقطوع بعدمها فى كلمات الأصحاب إذ لم يذكر أحد منهم المشقه فى مفهوم العريه و لا فى شرائط صحه البيع لكن قال بعض مشايخنا: ظاهر المبسوط و الخلاف و الغنيه و التذكره و المختلف و المهذب البارع و التنقيح أن المشقه معتبره فى مفهومها، و أنها مناط الحكم إلى أن قال: و بذلك صرح فى التحرير و المسالك و غيرهما، و ظاهر الغنيه بل صريحها الإجماع عليه؛ نعم أنكره فى كشف الرموز فقال: و شرط الشيخ أن يشق على البائع الدخول، و شرط التقابض و تابعه المتأخر و صاحب الوسيله و ليس فى، الروايه ذلك.

قلت: الذى يظهر بعد إمعان النظر فى كلمات الأصحاب حتى من حكى عنهم ظاهرا و صريحا أن مرادهم من ذلك بيان وجه المشروعيه، و ربما يذكرونه بصوره الدليل تأييدا للتعدى المدعى، و لو باعتبار حصول الظن منه بذلك كما فى المختلف فى ترجيح تعميم العريه للدار و البستان بنص أهل اللغه، و باشتراك الموضعين فى الحاجه الداعيه إلى المشروعيه و نحوه غيره، و لذلك اختلفت كلماتهم فى وجهها فربما قررت بالمشقه على صاحب الدار و البستان و ربما قررت بالمشقه على مالك النخله، و ربما قررت بغيرهما، و الحاصل لا- يخفى على من تأمل عدم إراده العليه المصطلحه من ذلك، و الا لاختل كثير من الأحكام المسلمه عندهم فالمرجع حينئذ فيها على المستفاد من اللغه و الدليل، و لو بمعونه شهره الأصحاب و نحوها، و ما شك فيه يبقى على عموم التحريم و الله اعلم.

و كيف كان ف هل يجوز بيعها بخرصها تمرا من تمرها الأظهر

بـل الأشـهر كمـا عن إيضـاح النـافع و الأـكثر كمـا فى الرياض لا بل هو المشـهور المحكى عن ظاهرا المبسوط و غيره و صـريح الوسـيله و الكتاب و ما تأخر عنهما؛ بل لم أجد مصـرحا به ممن يعتد بقوله، نعم احتمله فى المختلف لإطلاق الرخصه المنصـرف إلى غير ذلک الـذى من الواضـح اقتضاء قاعـده تغاير الثمن و المثمن هنا فى الملک خلافه، بل فى التنقيـح أن الدليل عقلى على مغايره الثمن للمثمن و به يقيد إطلاق الرخصه، و

قوله فى صحيح الحلبى(۱). السابق «البسر و التمر من نخله واحده لا بأس به، «الى أن قال: «و كذا العنب و الزبيب»

قد عرفت عدم القائل به فى غير العريه و لذا نسبه فى الدروس إلى الندره، اللهم إلا أن يكون القول به هنا لازما لتفسير المزابنه

ببيع ثمره النخل بتمر منه، باعتبار معلوميه استثناء العريه من ذلک، فيقتضى جوازه فيها، لکن لم ينقله أحد عنهم، و ليس فى عباره النهايه التى هى أصل الخلاف فى ذلک إشاره اليه.

لکن فى الدروس و الرياض و غيرهما قيل بالجواز، و زاد فى الثانى أنه فصل بعض بين صورتى اشتراط کون التمر منها، فالأول و الاـ فالثـانى ان صبر عليه حتى يصـير تمرا و الاـ فالعقـد يجب ان يکون حالاـ للزوم بيع الکـالى بالکـالى بـدونه جـدا و فيه- مع ما سمعت من عـدم معروفيه القائـل بـذلک صـريحا- أن التفصـيل خـارج عمـا نحن فيه، إذا الظـاهر ارادته مـا عن المهـذب قال فى المحکى عنه: «أنه إذا شـرطه أى کون الثمن منهـا فى العقـد لم يجز، و إن أطلق جـاز أن يـدفع اليه من ثمرتها إن صبر عليه حتى يصـير تمر أو إلاـ فالعقـد يجب أن يکون حالاـ» و أقصـاه جواز الـدفع منهـا إن لم يشترط، و هو مما لا خلاف فيه على الظاهر، و مراده بوجوب حلول العقـد ما تسـمعه من اشتراط التعجيل فى ثمن العريه و أنه لا يجوز أن يکون مؤجلا فتعليله بلزوم بيع الکالى بالکالى بدونه مما لا وجه له هنا.

فمن الغريب وقوعها منه زياده فى کلام المهذب و کأنه نظر الى أنه لو أجل ثمن العريه و الفرض أنها حال البيع غير تمر کان من بيع الکالى بالکالى، و هو کما ترى، و إلا لاقتضى البطلان فى بيع ثمره النخل قبل صيرورته تمرا بثمن مؤجل

۱- ۱ الوسائل الباب ۶- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۱.

و لو كان دراهم، و هو واضح الفساد.

و على كل حال ف لا يجوز بيع ما زاد على الواحده نعم لو كان له فى كل دار واحده جاز كما فى القواعد قال: «و لا يجوز ما زاد على الواحده اتحاد مع المكان، و يجوز مع تعدده، بل قال بعض شراحها: أنى لم أجد مخالفا منا فى هذين الحكمين، و به صرح فى المبسوط و السرائر التذكره و شرح الإرشاد للفخر و المهذب البارع و التنقيح و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك، و هو قضيه كلام الباقين حيث حيث يقيدون النخله بكونها واحده و يطلقون البستان و الدار، و هو مقتضى الأصل و المتبادر من النص.

و فى المسالك «إنه يشترط فى بيعها أمور منها الوحده، فلا يجوز فى دار أو بستان أزيد من واحده فلو كان لمالك اثنتان لم يجز بيع ثمرتها و لا ثمره إحداهما، لانتفاء العريه فيهما، نعم لو تعدد البستان و الدار جاز تعددها من الواحد، و جعل ما فى المتن إشاره إلى ذلك، نحو ما فى جامع المقاصد، بل فى التنقيح لم ينسب الخلاف فى ذلك إلا للشافعى و ظاهره عدم الخلاف فيه منا.

و فى التحرير و لا- يجوز أن يبيع جميع تمر حائطه عرايا من رجل واحد، و من رجال فى عقود متكرره، نعم لو كان له عده نخلات فى عده مواضع جاز بيعها عرايا من رجل واحد أو رجال فى عقود متكرره، إلى غير ذلك من عباراتهم و تنقيح المقام يتوقف على أمرين، الأول أن الوحده فى الدار أو البستان مثلا مأخوذه فى مفهوم العريه فمتى تعددت فيه لا عريه فى شى ء منها ظاهر المسالك أو صريحها ذلك بل ربما كان ظاهر كل من أخذ الوحده فى تفسيرها، بناء على عدم إراده وحده الأخر إذ التى لم يتعارف التصريح بها فى تفسيره، فمع انتفائها حينئذ ينتفى مفهوم العريه.

لكن فيه أولا أنه ينبغى تقييده مع ذلك باتحاد المالك، أما مع تعدده فالظاهر صدق العريه على كل منهما كما انه ينبغى تقييده أيضا بحصول الثمره فيهما، أما لو فرض

حصولها فی إحداهما دون الأخری، فالظاهر صدق العریه فیها دونها، و لو فرض کون النخلتین مثلا مشترکتین بین اثنین أمکن صدق العریه علیهما باعتبار أن لکل واحد منهما نخله؛ إلی غیر ذلک مما یتصور تفریعه علی هذا التقدیر، و ثانیا أن النص و جمله من عبارات الأصحاب خلت عن ذکر الوحده فی تفسیر العریه، بل اقتصرت علی أنها واحده عرایا و أنها هی النخله فی دار الغیر مثلا، و مقتضاه صدق العرایا علی المتعدده و ان اتحد المکان کما هو مقتضی الجمع، لا أن مصداقه النخلات فی الأمکنه المتعدده أو مع تعدد المالک.

و من الغریب ما فی الدروس من أن العریه نخله واحده فی دار الغیر فی روایه السکونی (۱)و قال الجمهور و اللغویون أو بستانه، إذ قد عرفت خلو خبر السکونی عن قید الوحده، و یمکن أن یرید بما فی خبر السکونی الدار بقرینه ما نقله عن الجمهور، أو لا یرید الوحده الداخله فی المفهوم بل هی وحده

الافراد، بل یمکن أن یرید غیره، ممن ذکر الوحده ذلک أیضا و بالجمله دعوی اعتبار الوحده المزبوره علی حسب ما سمعت فی غایه الصعوبه إثباتها من اللغه و کلمات الفقهاء التی منها ما سمعت و منها ما فی السرائر «و یجوز بیع العرایا و هی جمع عریه بفتح العین و کسر- الراء و تشدید الیاء، و هو أن یکون لرجل فی بستان غیره نخله یشق علیه الدخول إلیها أو فی داره، إلی أن قال: و إن کان له نخل متفرق فی کل بستان نخله جاز أن یبیع کل ذلک واحده واحده بخرصها تمرا بیع العرایا، إلی أن قال: و قد قیل فی تفسیر العرایا أقوال کثیره فقال قوم: «العرایا النخلات یستثنیها الرجل من حائطه إذا باع ثمرته و لا یدخلها فی البیع، و لکنه یبقیها لنفسه، فتلک الثنیا لا تخرص علیه، لانه قد عفی لهم عما یأکلون، و سمیت عرایا؛ لأنها أعریت من أن تباع أو تخرص فی الصدقه، فرخص النبی صلی الله علیه و آله و سلم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱.

لأهل الحاجه و المسكنه الذين لا ورق لهم و لا ذهب و هم يقدرون على التمر أن يبتاعوا بتمرهم من أثمار هذه العرايا بخرصها؛ فعل ذلك بهم رفقا بأهل الحاجه الذين لا يقدرون على الرطبه؛ و لم يرخص لهم أن يبتاعوا منه ما يكون للتجاره و الذخائر».

و قال آخرون: «هى النخله يهب الرجل تمرتها للمحتاج و يعريها إياه؛ فيأتى المعرا و هو الموهوب له إلى نخلته تلك ليجتنيها فيشق ذلك على المعرى الذى هو الواهب لمكان أهله فى النخل، فرخص للواهب خاصه أن يشترى ثمره تلك النخله من الموهوب له بخرصها».

و قال آخرون: «شكى رجل الى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم انهم محتاجون إلى الرطب يأتى و لا يكون بأيديهم ما يبتاعون به، فيأكلونه مع الناس و عندهم التمر، فرخص صلى الله عليه و آله و سلم لهم أن يبتاعوا لهم العرايا بخرصها من التمر الذى فى أيديهم» و قال آخرون: «الإعراء أن يهب له ثمره نخله أو نخلتين أو نخلات، و منه الحديث أنه رخص صلى الله عليه و آله و سلم فى بيع العرايا بخرصها تمرا، و ذلك ان يمنح الرجل النخله فيبيع تمرها بالتمر، و هذا لا يجوز فى غير العرايا و إنما سميت عريه لان من جعلت له يعريها من حملها، و أنشد الفراء:

ليست بسنهاء و لا رجبيه و لكن عرايا فى السنين الجوائح

معنى سنهاء أى مرت عليها السنون المجديه، و قوله رجبيه نخله مرجبه و هى التى يبنى حولها البناء لئلا تسقط و هو كالتكريم لها».

و قال الهروى صاحب الغريبين: العرايا: هى أن من لا- نخل له من ذوى اللمحه و الحاجه؛ و يفضل له من قوته التمر و يدرك الرطب و لا نقد بيده يشترى الطب لعياله و لا يحتل له، فيجى ء إلى صاحب النخل فيقول: بعنى ثمره نخله أو نخلتين بخرصها من التمر، فيعطيه ذلك الفضل من التمر بتمر تلك النخلات ليصيب من أرطابها مع الناس، فرخص النبى صلى الله عليه و آله و سلم من جمله ما حرم من المزابنه» ثم قال هذا ما وقفت عليه فى- التفسير العرايا، و أشده تحقيقا قول الهروى».

قلت قد حكى جمله مما ذكر ابن فارس فى المجمل فقال: النخله العريه و هى التى إذا عرض النخل على بيع ثمره عريت منه نخله: أى عزلت عن المساومه، و الجمع العرايا، و قال قوم: العريه النخله يعريها صاحبها رجلا محتاجا، فيجعل له ثمره عامها رخص لرب النخل أن يبتاع تمر تلك النخله من المعرا بتمر لموضع حاجته، هذا تفسير الذى جاء فى الحديث من الرخصه فيه، و قال آخرون: العريه النخله تكون لرجل وسط نخل كثير لرجل آخر فيتأذى صاحب النخل الكثير بعد خول صاحب النخله الواحده فرخص له أن يشترى ثمره نخلته بتمر. و أبو عبيده يختار الأول لقول الشاعر، و أنشد البيت السابق» و اقتصر ابن الأثير فى نهايته بعد أن ذكر أنه اختلف فى تفسير العريه على ما ذكره الهروى الذى ظهر من ابن إدريس اختياره؛ و هو الذى حكاه عنه فى الدروس، فإنه بعد أن ذكر جواز بيع العريه، و أنها النخله فى دار الغير أو بستانه: قال: «و لو أعرى محتاجا نخله أى جعل لها تمرها عامها، ثم اشترى المعرا تمرها منه بتمرها جاز على الأقرب، و لو فضل مع الفقير تمر فاشترى به تمره نخله ليأكله رطبا فالأقرب جوازه، و لو اشترى أزيد من نخله، فالأجود المنع، و يظهر من ابن إدريس جوازه» و لعله إليه أشار فى التحرير بقوله أيضا لا يشترط فى بيع العريه أن تكون موهوبه لبائعها؛ و تمنع اشتقاقها من الإعراء؛ و هو أن يجعل الرجل لغيره ثمره نخلته عامها ذلك، بل سميت عريه لتعريها من غيرها، و إفرادها بالبيع، و تبعه الشهيد فى حواشيه فى أن وجه التسميه ذلك؛ لكن قد سمعت خبر ابن- سلام (۱)الذى أفتى الشهيد فى الدروس به، بل قد سمعت ما ذكره أخيرا الذى لم نعثر على نص من طرقنا به.

نعم

روى العامه ذلك بعده طرق، منها(۲)«أن محمود بن لبيد قال: قلت لزيد بن ثابت ما عرايا كم هذه فسمى رجالا محتاجين من الأنصار: شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن الرطب يأتى و لا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه مع الناس، و عندهم فضول من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب بيع الثمار الحديث ۲.

۲- ۲ المغنى للشربينى ج ۲ ص ۹۴.

قوتهم من التمر فرخص أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر فی أيديهم يأكلونه رطبا»

لكن القول به لا يخلو من قوه؛ جمعا بين ما قيل فی تفسير العريه.

و على كل حال فدعوى اعتبار الوحده فی المكان فی مفهوم العريه مما يظهر انطباق كثير من الكلمات عليه؛ كدعوى اشتراط صحه البيع به و إن لم يكن ذلك فی مفهومها، و هو الأمر الثانی اقتصارا فی الرخصه على المتقين، و لان

قوله عليه السلام فی خبر السكونی «فيجوز بيعها»(۱)

إلى آخره ظاهر فی أن المرخص به ذلك، إذ يدفعها إطلاق رخصته عليه السلام فی العرايا لو تعددت؛ لا أن التعدد مانع من أصل البيع، و ربما كان المراد من عباره المتن و القواعد السابقه ذلك، إن لم نقل أنه الظاهر منها.

و أظهر منها ما فی التذكره «لا- يجوز بيع أكثر من النخله الواحده عريه؛ لعموم المنع من المزابنه خرج عنه العريه فی النخله الواحده، و به قال أحمد للحاجه، فيبقى الباقی على المنع، سواء اتحد العقد أو تعدد، أما لو تعدد المشتری فالوجه الجواز، ثم قال: فروع لو باع فی صفقه واحده من رجلين، كل واحد منهما نخله معينه جاز؛ و كذا لو باعها نخلتين مشاعا بينهما، و لو باع رجلان من واحد صفقه واحده نخلتين عريه جاز و هو أحد وجهی الشافعيه، لأن تعدد الصفقتين بتعدد البائع أظهر من تعددها بتعدد المشتری، و لو باع رجلا- ن من رجلين صفقه واحده، احتمل جواز أربع نخلات، و تنزيل ذلك كله منه على المتحده، و لو فی المكان المتعدد»- كما ترى خصوصا أول المسأله بل

مقتضاه حينئذ عدم جواز بيع العرايا فی الأمكنه المتعدده بعقد واحد، و هو مع أنه لم يعرف خلافه فيه لم تساعد عليه الأدله.

و دعوى ظهور ذيل خبر السكونی فيه ممنوعه، فالظاهر إرادته ما ذكرناه أولا و لا ينافيه قوله سابقا: العرايا جمع عريه، و العريه النخله فی دار الإنسان أو بستانه، فيبتاع ثمرتها رطبا بخرصها تمرا كيلا، فلا يجوز العرايا فی أكثر من نخله واحده فی عقد واحد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب بيع الثمار- ۱.

إلى أن قال: فإذا تقرر هذا فإن العريه عندنا إنما تكون فى النخله الواحده تكون فى دار الإنسان فلا يجوز فيما زاد على النخله الواحده؛ عملا- بالعموم و اقتصارا فى الرخصه على موردها، ثم قال: قد بينا أن الضابط فى التسويغ انما هو النخله الواحده فى الدار الواحده و البستان الواحد، و لو كان له عده دور فى كل واحده نخله جاز بيعها عرايا، إذ يمكن حمل الجميع على إراده بيع نخله واحده و إن كان لا يخلو من بعد نعم يتجه البحث معهم على هذا التقدير بأنه لا دليل على اعتبار الوحده فى البيع بل ما ذكروه فى وجه المشروعيه من المشقه و نحوها يقتضى التعميم، كاقتضاء إطلاق رخصته عليه السلام فى بيع العرايا الذى عبر بمضمونه غير واحد، منهم ابنا زهره و حمزه و غيرهما؛ و الذيل المنساق لبيان حكم الواحده ليعرف حكم الجمع لا دلاله فيه على تقييد ذلك كما هو واضح هذا كله، إلا أن الوقوف على ما سمعته أولا هو الموافق للاحتياط و الله أعلم بحقيقه الحال.

و لا- يشترط فى بيعها أى العرايا بالتمر التقابض قبل التفرق خلافا- للوسيله و محكى المبسوط، بل فى الدروس «أنه طرد الحكم ثانيهما بوجوب التقابض فى المجلس فى الربويات تخلصا من الربا، و فيه منع واضح و لذا أطبق المتأخرون على خلافه فى المقام و غيره، عدا الصرف منه فأوجبوه فيه مع اختلاف الجنس، لظهور أدله فيه، لا للتخلص من الربا، ضروره صدق بيع المثل بالمثل فى الربوى و إن لم يتقابضا فى المجلس، و ما فى بعض النصوص من إيجاب البيع يدا بيد على اتفاق الجنس، يراد منه منع النسيئه فى أحد المتجانسين، للزوم الربا حينئذ معه.

و من هنا قال المصنف بعد نفى اعتبار التقابض هنا بل يشترط التعجيل فيهما حتى لا يجوز إسلاف أحدهما فى الأخر بل لم يعرف فيه خلاف بينهم إلا- أنه قد يناقش فى اعتبار حلول الثمن بما سمعته سابقا من أن الثمره على النخل لا يجرى فيها الربا لانتفاء الموزونيه فيها، كما أنه لا ظهور فى دليل الرخصه بذلك أيضا. اللهم إلا أن يكون وجهه الاقتصار على المتقين، سيما بعد ما سمعت من عدم الخلاف فيه بين الأصحاب؛ فيشكل التمسك بالإطلاق المزبور المحتاج الى جابر فى العمل به، لضعف سنده خصوصا

بعـد معارضه ما دل على حرمه المزابنه لكن و مع ذلك فالإنصاف أن اتفاقهم هنا على اشتراط الحلول يؤيـد القول بجريان حكم الربا على الثمره و إن كانت على الأشـجار، اكتفاء بالوزن التقديرى عن الفعلى، كقولهم هنا أيضا بعدم جواز التفاضل حال العقد بين ثمنهـا و بين الثمره المخروصه تمرا، بل حكى الاتفاق عليه بعضـهم و إن كان لا يجب أن يتماثل فى الخرص بين ثمرتها عند الجفاف و ثمنها عملا بظاهر الخبر المعتضـد بالفتوى، إذ مبنى الخرص على الزياده و النقيصه، فلا يقدح حينئذ لو ظهر بعد ذلك زياده الثمن أو نقيصته.

لكن يمكن أن يكون مسـتند الأـول ظهور قوله عليه السـلام «بخرصـها تمرا» فى وجوب المطابقه بين الثمن المبـذول و بين الثمره المخروصه، معتضـدا بالاقتصـار على المتيقن ممـا خرج عن حرمه المزابنه، و هو المراد بالممـاثله من طريق الخرص المشترطه فى الوسـيله و محكى المبسوط و غيره، لاـ أن مسـتنده حرمه الربا، فيكون الحاصل حينئـذ إنه يجب خرص الثمره على النخله بتقـدير حال كونها تمرا فتباع بتمر على حسب ذلك الخرص، فلو لم يطابق الخرص الواقع بأن كانت حال التمريه المقدره أزيد أو انقص لم يكن ذلك قادحا، لإطلاق الخبر السابق المعتضد بعدم الخلاف فيما أجد إلا ما حكاه فى المسالك عن بعضهم و إن كنت لم أتحققه، من اعتبار المطابقه فلو اختلفا تبين بطلان البيع.

و هو مع ظهور ضـعفه مقتض لعـدم جواز التصـرف فيهـا قبـل صـيرورتها تمرا حتى يتمكن من اعتبارهـا، مع أن الأصـل و إطلاق الدليل و ظاهر الفتاوى، يقتضى عدم وجوب إبقائها إلى حال التمر؛ و عدم اعتبارها لو أبقاها، مضافا إلى ما عرفت من عدم تحقق القائل بـذلك؛ و ربما توهم ذلك من عباره المبسوط و الوسـيله التى قـد سـمعت المراد منها فيتجه حينئـذ دعوى الاتفاق على ما ذكرنا إلا ما عساه يظهر من التذكره، من وجوب اعتبار التماثل بين التمر المدفوع ثمنا و بين الثمره حال كونها رطبا-

قال: «إذا تبايعا العريه وجب أن ينظر إلى الثمره على النخله و يحرز ذلک رطبا فيتبايعاه بمثله تمرا و لا يشترط التماثل فى الخرص بين ثمرتها عند الجفاف و ثمنها، و لا يجوز التفاضل عند العقد، و لا يكفى مشاهده الثمن على الأرض و لا الحرز فيه بل لا بد من معرفه مقداره بالكيل أو الوزن (الى أن قال) و إن كنا قد منعنا من بيع الرطب بالتمر إلا أن هذا مستثنى للرخصه» و فيه أولا أن ظاهر دليل الرخصه المعتضد بفتوى الأصحاب ما ذكرنا من اعتبار خرصها تمرا ثم شراؤها بمقدار ذلک المخروص، بل لا يمكن عند التأمل تنزيل الخبر على ما ذكره؛ و ثانيا ما عرفت سابقا من أن منع بيع الرطب بالتمر لعله النقصان بعد الجفاف إنما هو فى المقدر بأحد الأمرين لا فى مثل الثمره على أصلها.

نعم ما ذكره من وجوب علم مقدار الثمن و عدم الاكتفاء بمشاهدته متجه، بل لا- أجد فيه خلافا فى المقام، لظهور قوله عليه السلام «بخرصها تمرا» فيه، بل مقتضاه أنه لا- يجزى جعل الثمن تمرا على رأس نخله أخرى، و إن كان قد خرص بما يساوى المثمن، لعدم صدق البيع بخرصها تمرا، و بذلک افترقت عن غيرها، فما فى المسالک من أن العريه كغيرها بالنسبه إلى هذا الشرط فى غير محله، ضروره أنه ليس المانع الجهاله حتى تكون كغيرها؛ بل هو ظهور دليل الرخصه فيما ذكرنا فلا- يجزى مشاهده الثمن فيها و إن أجزى فى غيرها إذا كان مما تكفى فيه المشاهده كما هو واضح.

لكن فى حواشى الشهيد «أنه لو كان لرجلين عريتان فى مكانين و خرصاهما فبلغت كل واحده مثلا خمسمائه رطل؛ جاز بيع كل واحده بخرص الأخرى» و كأنه أخذه مما فى التذكره، و قد صرح فى التحرير بعدم جوازه قال فيها: «لو باع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على رؤوس النخل خرصا؛ أو باع الرطب على رؤوس النخل بالرطب على وجه الأرض كيلا فالأقوى الجواز، للأصل السالم عن معارضه الربا، لانتفائه بانتفاء شرطه» و فيه انه فى غير العريه مزابنه بناء على تحققها بالرطب، بل و فيها لعدم معلوميه الثمن إذا كان على رأس النخله كما عرفت، أما إذا كان على الأرض و قد علم بالكيل؛ فقد يمنع أيضا باعتبار ظهور دليل الرخصه فى كون الثمن تمرا، فلا

يجزى الرطب و لا البسر و لا غيرهما فتأمل جيدا؛ فإنه يمكن أن يكون الجواز لانتفاء المزابنه، باعتبار عدم كون الثمن تمرا كما ذكرنا سابقا.

نعم لولا- الاتفاق ظاهرا لأمكن القول بعدم وجوب اعتبار المساواه بين ثمرتها و بين الثمن لعدم الربا، و ما فى الخبر من البيع بخرصها تمرا منزل على الغالب، لكن كفانا مؤنه ذلك ما عرفت معتضدا بعموم دليل حرمه المزابنه، و لو كانت الثمره مما تقطع بسرا أو رطبا ففى الاكتفاء بخرصها كذلك وجه، مع احتمال العدم اقتصارا على المتيقن؛ بل قد يحتمل و إن كان ضعيفا عدم ثبوت العريه فى ذلك خصوصا إذا فرض عدم حاله تمر لها فتأمل جيدا.

ثم إنه قد تحصل من ذلك كله أنه لا بد من خرصها، إما من البائع و المشترى أو من غيرهما بحيث يغلب على ظنهما المقدار الحاصل منها تمرا عند الجفاف، و هل يشترط لو كان الخارص غيرهما أن يكون عدلا؟ فى جامع المقاصد «لا أعلم فى ذلك كلاما للأصحاب، و امتناع الرجوع إلى خبر الفاسق قد يقتضى الاشتراط» و فيه إن الرجوع إلى ظنه غير الرجوع إلى خبره. نعم لو فرض الشك فى الاخبار بظنه، أمكن ذلك، و هو غير ما نحن فيه، و من هنا قال: الظاهر العدم لكن يشترط كونه من أهل المعرفه و هو جيد.

و على كل حال ف لا عريه فى غير النخل لغه و شرعا سواء قلنا بحرمه المزابنه، فيه أولا أما على الأول فواضح، و اما على الثانى فالجواز شامل لها و لغيرها فلا يحتاج إلى شروط العريه و أحكامها كما هو واضح، هذا و الظاهر عدم اعتبار اتحاد المالك للنخله فى العريه و لا الدار، لكن هل يجوز بيع استحقاق أحدهما خاصه عريه إشكال كالإشكال مع اتحاد المالك فى بيع البعض، و طريق الاحتياط غير خفى و إن كان الذى يقوى الجواز بناء على عدم اعتبار المشقه.

[فرع لو قال بعتک هذه الصبره من التمر أو الغله بهذه الصبره من جنسها سواء بسواء لم یصح]

فرع لو قال: بعتک هـذه الصبره من التمر أو الغله بهذه الصبره من جنسـها سواء بسواء لم یصح؛ و لو تساویا عند الاعتبار بالکیل و الوزن إلا أن یکونا عارفین بقـدرهما وقت الابتیاع لحصول الجهاله المانعه من صـحه البیع عندنا حال العقد و قیل و القائل الشـیخ فی المبسوط یجوز و إن لم یعلما فان تساویا عند الاعتبار صح و إلا بطل للربا و لو کانتا من جنسین جاز إن تساویا أو تفاوتا و لم یتمانعـا؛ بـأن یـذل صـاحب الزیاده، أو قنع صاحب النقیصه و إلا فسـخ البیع قال فی المحکی عن مبسوطه «إذا باع صبره من طعام بصبره، فإن کانا من جنس واحـد نظر، فإن کانا اکتالا و عرفا تساویهما فی المقـدار جاز البیع، و إن جهلا مقـدارهما و لم یشترطا التسـاوی لم یجز، لأـن مـا یجری فیه الربـا لا یجوز بیع بعضه ببعض جزافا، و إن قال: بعتک هـذه الصبره بهـذه الصبره کیلا بکیل سواء بسواء فقال: اشتریت فإنهما یکالان فإن خرجتا سواء جاز البیع، و إن کانت إحـداهما أکثر من الأخری، فإن البیع باطل، لأنه ربا؛ و أما إذا کانتا من جنسین مختلفین، فإن لم یشترطا کیلا بکیل سواء بسواء فإن البیع باطل، لأنه ربا؛ و أما إذا کانتا من جنسین مختلفین فان لم یشترطا کیلا بکیل سواء بسواء فإن البیع صحیح، لان التفاضل جائز فی الجنسین، فإن اشترطا أن تکونا کیلا بکیل سواء بسواء فإن خرجتا متساویتین فی الکیل جاز البیع، و إن خرجتا متفاضـلتین فان تبرع صاحب الصبره الزائـد بالزیاده جاز البیع، و إن امتنع من ذلک و رضی صاحب الصبره الناقصه بأن یأخذ بقدرها من الصبره الزائده جاز البیع، و إن تمانعا فسخ البیع بینهما، لاـ لأجـل الربـا، لکن لان کل واحـد منهما باع جمیع صبرته بجمیع صبره صاحبه، و علی أنهما سواء فی المقـدار، فإذا تفاضـلا و تمانعا وجب فسخ البیع بینهما».

و جعـل فی الـدروس ذلـک منه من باب الاکتفاء بالمشاهـده و حیث قـد علم فی محله عـدم الاکتفاء فی مثل ذلک کان الأشـبه بـأصول المـذهب أنه لاـ یجوز مطلقـا علی تقـدیر الجهاله وقت الابتیاع نعم یمکن جریان ما یقرب من ذلک علی مـذهبنا فیما لو فرض مکیل و موزون فی زمن الشـرع تجدد و تعارف بیعه جزافا بناء علی صـحته، فان المتجه حینئذ فیه صـحه بیعه صبره بصبره، الاـ أنه یجب اختبـاره بعـد ذلـک تخلصا من الربا، فان تساویا أو بیع الجنسان و زنا صـح البیع، لعـدم ثبوت اشتراط سـبق معلومیه التساوی فی الصحه، و الأمر ببیعه مثلا بمثل لا یقتضی أزید من التساوی واقعا بل الظاهر ذلک فی أکثر شرائط المعامله.

لکن مقتضـی ذلک عدم الحکم بالبطلان فیما لو باع السیوف المحلاه و نحوها بأحد النقدین بجنس أحدهما إذا لم یعلم زیادته، بـل لا بـد حینئـذ من الاختبار، و ینافیه ظاهر کلامهم، و یمکن حمله علی ما إذا لم یمکن الاعتبار و حینئـذ یتجه البطلان ظاهرا لا لترک الاحتیـاط الواجب، إذ هو لا یقتضـی بالبطلان قطعا، بل لان الشک فی الشـرط شک فی المشـروط و الأصل عـدم النقل و الانتقـال، فلو فرض العلم بالمسـاواه بعـد ذلـک انکشف الصـحه من أول الأـمر لحصول الشـرط واقعا، و نحوه لو أقـدما علی الربا فبانت المساواه، کما أن المتجه الفساد لو أقدما علی المساواه جهلا منهما ثم بان التفاوت لانتفائه واقعا حینئذ فتأمل جیدا؛ فإنه قد تقدم لنا بعض الکلام فی ذلک فی الحواشی فلاحظ، و أما اشتراط المساواه فی مختلف الجنس إذا فرض الاکتفاء فیه بالمشاهده فالمتجه صحته عملا بعموم

«المؤمنون»(۱)

فإذا بان عدمه تسلط علی الخیار و الزیاده بل و النقیصه فی بعض الأحوال و الله أعلم.

[المسأله الخامسه یجوز بیع الزرع قصیلا]

المسأله الخامسه: یجوز بیع الزرع قصـیلا أی مشروطا قطعه بلا خلاف أجده فیه؛ للعمومات و غیرها، سواء کان قد بلغ أو ان قصله أو لم یبلغ، و عین مده لبقائه ثم قطعه بعدها أو أطلق فله الإبقاء حتی یصل إلی أوان قصله، و

خبر معلی بن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

خنیس (۱)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: أشتری الزرع قال: إذا کان قدر شبر»

محمول علی الندب أو غیره مما لا یخالف المجمع علیه ظاهرا فی الجواز بعد ظهوره بلغ أو ان القصل أو لم یبلغ» نعم لیس له شراؤه بذرا للغرر و فی الصلح وجه کالوجه لو شراه تبعا للأرض.

و کیف کان ف ان لم یقطعه الذی شرط القطع علیه ففی المتن و غیره بل لا أجد فیه خلافا معتدا به بینهم أن للبائع قطعه بعد استیذان الحاکم أو بدونه علی اختلاف القولین، لانه لاحق لعرق ظالم، و لنفی الضرر و الضرار و غیر ذلک و له ترکه و المطالبه بأجره أرضه مده بقائه و عدم قطع البائع له مع التمکن منه لا یقضی بسقوط الأجره التی یکفی فیها بقاء ارض المالک مشغوله بها؛ بل لا یرتفع بذلک الغصبیه التی تسلطه علی أرش النقصان لو حصل بسبب البقاء الذی یستحق أخذ أجرته منه، إذ لیس ذلک رضا منه بالبقاء بالأجره کما هو واضح.

لکن فی السرائر «إنه إن لم یقطعه کان البائع بالخیار إن شاء قطعه، فان لم یقطعه و بلغ، کانت الزکاه إن بلغ النصاب علی المشتری، و علیه أیضا أجره مثل تلک، هذا إذا کانت الأرض عشریه، فإن کانت خراجیه کان علی المبتاع خراجه» ثم إنه حکی عن نهایه الشیخ أنه قال: «لا بأس بأن یبیع الزرع قصیلا

و علی المبتاع قطعه قبل ان یسنبل، فان لم یقطعه کان البائع بالخیار؛ إن شاء قطعه و ان شاء ترکه، و کان علی المبتاع خراجه» ثم قال و مراده بالخراج طسق الأرض قد قبل به السلطان دون الزکاه، لأن الأرض خراجیه، و هی المفتحه عنوه دون أن تکون عشریه، لأنها إن کانت عشریه کانت علیه الزکاه فحسب و الخراجیه علیها الخراج الذی هو السهم الذی قد تقبلها به، فان فضل بعده ما فیه الزکاه، یجب علیه الزکاه، و إن لم یفضل ما یجب فیه ذلک لا زکاه علیه فیه.

قلت: قد ذکر الخراج فی المقنعه و محکی المراسم بل فی الوسیله کان علیه خراجه و أجرته، و مراد الجمیع علی الظاهر ما صرح به المتأخرون من أجره الأرض

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۴.

لعدم الدليل على ثبوت غيرها، و المتجه-

فى موثق سماعه(۱)«سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلا يقصله و يبدو له فى تركه حتى يخرج سنبله شعيرا أو حنطه و قد اشتراه من أصله على أن ما يلقاه من خراج فهو على العلج؛ فقال: إن كان اشترط عليه حين اشتراه، إنشاء قطعه قصيلا، و إن شاء تركه كما هو حتى يكون سنبلا، و إلا فلا ينبغى أن يتركه حتى يكون سنبلا، فان فعل فإن عليه طسقه و نفقته و له ما خرج منه»

- حمل لا ينبغى فيه على الكراهه، لما هو معلوم من النص و الفتوى أن له الإبقاء إذا

لم يكن قد اشترط عليه القطع، و لا كان عاده أو نحوها مما يقوم مقام الشرط،

قال زراره للصادق عليه السلام (۲)«أ يحل شراء الزرع الأخضر، قال: نعم لا بأس به و قال: لا بأس بأن تشترى الزرع و القصيل أخضر ثم تتركه إن شئت يسنبل ثم تحصده، و إن شئت تعلف دابتك قصيلا فلا بأس به قبل أن يسنبل»

الحديث و نحوه غيره و حينئذ لا وجه لكون الطسق عليه مع فرض اشتراطه على العلج الذى هو عباره عن الزراع بل لا يقوله الخصم، فلا بد من حمله على ضرب من الندب أيضا.

و كيف كان فقد أشار بقوله فيه «من أصله إلى أنه إذا لم يكن قد اشتراه كذلك» يمكن منع كون الحاصل للمشترى إذا فرض أنه يتولد مما بقى فى الأرض للبائع، أو كان منه كذلك، أو كان الحاصل يتولد منهما معا، و لعله لذا قال فى التذكره:

«لو اشترى الزرع قصيلا من أصوله صح، فان قطعه فنبت فهو له، فإن شرط صاحب الأرض قطعه فلم يقطعه كان عليه أجره الأرض و لو لم يشترط المشترى الأصل فهو لصاحبه، فإذا قصله المشترى و نبت كان للبائع و لو لم يقصله كان شريكا للبائع و يحكم بالصلح.

قلت: و لا ينافى ذلك إطلاق الأصحاب أن على مشترى القصيل الأجره لو أبقاه و له الحاصل لانه يمكن حمله على ما إذا كان مشتريا للزرع من أصله و أن اشترط عليه القصل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب بيع الثمار الحديث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب بيع الثمار الحديث ۳.

کل ما یخرج فتأمل جیدا. و علی کل حال فظاهر الأصحاب هنا أن لیس للبائع الفسخ لعدم الوفاء بالشرط، و لعله لانه متمکن من استیفاء شرطه، و فیه أنه قد یتعذر علیه ذلک و قد یحتاج إلی مؤنه مع أنه قد یمنع توقف ثبوت الخیار علی عدم التمکن من الاستیفاء کما عرفت البحث فیه مفصلا سابقا. نعم یمکن أن یکون مستند المقام ظاهر بعض النصوص کما أنه یمکن ان یکون ترک الأصحاب ذکر الخیار فی المقام مبنیا علی ما تقدم سابقا و لا ینافیه نصهم هنا علی الأجره و القلع.

و کذا لو اشتری نخلا بشرط القطع أجذاعا فترکه المشتری فإنه یأتی فیه جمیع ما تقدم نعم لا ریب هنا فی أن الحمل للمشتری؛ لأنه نماء ملکه

روی هارون بن حمزه الغنوی (۱)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یشتری النخل یقطعه للجذوع فیغیب الرجل فیدع النخل کهیئته لم یقطع، فیقدم الرجل و قد حمل النخل فقال: له الحمل یصنع به ما شاء إلا أن یکون صاحب النخل کان یسقیه و یقوم علیه»

و نحوه غیره و الظاهر اراده استحقاق أجره المثل من الاستثناء المزبور إلا أنه ینبغی تقییده کما فی السرائر و غیرها بما إذا کان بإذن مالک النخل، و إن أطلق فی النهایه و المحکی عن الصدوق و ابنی الجنید و البراج

کالنص، اللهم إلا أن یدعی عدم الحاجه هنا إلی الاذن، باعتبار احتیاج صاحب الأرض السقی لبستانه و الفرض تضرره بشرب النخل المزبور الماء فتأمل جیدا، و الأمر سهل، هذا کله فی شراء الزرع قصیلا.

أما شراؤه بشرط التبقیه إلی أو ان بلوغه أو مطلقا فلا إشکال أیضا فی جوازه، للأصل و العمومات و خصوص المعتبره المستفیضه(۲)فی المقام التی مر بعضها، بل و لا خلاف إلا ما یحکی عن المزارعه المقنع من منع بیع الزرع الا بشرط القصل لعدم الأمن من الآفه و ل

خبر أبی بصیر(۳)«سألت الصادق علیه السلام عن الحنطه و الشعیر اشتری زرعه قبل أن یسنبل و هو حشیش قال: لا إلا أن تشتریه لقصیل تعلفه الدواب ثم تترکه حتی یسنبل»

و

موثق ابن عمار(۴)«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول لا تشتر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱۰.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب بیع الثمار الحدیث ۵.

الزرع ما لم یسنبل فإن کنت تشتری أصله فلا بأس»

و فیه أن عدم الأمن من الآفه لا یؤثر منعا لجواز بیع الموجود و خبر ابی بصیر- مع ضعفه لا جابر بل موهن بفتوی الأصحاب بخلافه- یمکن

حمله علی الندب أو علی إراده شراء الحاصل منه الذی قد عرفت منعه فیما تقدم، کالموثق الظاهر فی ذلک، و فی عدم البأس مع شراء الأصل، علی کل إنهما قاصران عن معارضه غیرهما من وجوه کما هو واضح، و حینئذ قد ظهر أنه لا بأس بشراء نفس الزرع فی جمیع أحواله حتی إذا کان محصودا اکتفاء بالمشاهده فی مثله و الله أعلم.

[المسأله السادسه یجوز أن یبیع ما ابتاعه من الثمره بزیاد عما ابتاعه أو نقصان]

المسأله السادسه یجوز أن یبیع ما ابتاعه من الثمره بزیاد عما ابتاعه به أو نقصان؛ قبل قبضه أو بعده بلا خلاف و لا إشکال للأصل، و

صحیح لحلبی (۱)سأل الصادق علیه السلام عن رجل اشتری الثمره ثم یبیعها قبل أن یأخذها؟ قال: لا بأس به، إذا وجد ربحا فلیبع»

و

صحیح محمد بن مسلم (۲)عن أحدهما علیهما السلام «أنه قال فی رجل اشتری الثمره ثم یبیعها قبل أن یقبضها قال: لا بأس»

مضافا الی العمومات و محکی الإجماع إن لم یکن محصله فلا یتوهم جریان ما تقدم سابقا من منع البیع قبل القبض فی المقام؛ ضروره اختصاصه فی المکیل و الموزون، أو خصوص الطعام منهما، لکن فی النافع هنا الجواز علی کراهه، و لا وجه له إلا إطلاق بعض الاخبار و الفتاوی منع بیع المبیع قبل قبضه، و هو

سابقا لم یجعل ذلک سببا للکراهیه مطلقا بل خصها بالمقدار بأحدهما، کما فی کثیر من النصوص و الفتوی، لکن أمر الکراهه سهل.

[المسأله السابعه إذا کان بین اثنین نخل أو شجر فتقبل أحدهما بحصه صاحبه بشی ء معلوم کان جائزا]

المسأله السابعه إذا کان بین اثنین مثلا نخل أو شجر أو زرع فتقبل أحدهما بحصه صاحبه بعد خرص المجموع بشی ء معلوم علی حسب الخرص المزبور کان جائزا ل

صحیـح یعقوب بن شـعیب (۳)الـذی رواه المشایـخ الثلاـثه «سـألت الصـادق علیه السـلام عن الرجلین یکون بینهما النخل فیقول أحدهما لصاحبه: اختر إما أن تأخذ هذا النخل بکذا و کذا کیلا مسمی، و تعطینی نصف هذا الکیل زاد أو نقص، و إما أن آخذه أنا بذلک و أرده علیک؟ قال لا بأس بذلک»

و

صحیح الحلبی (۴)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۲.

قال: «أخبرنی أبو عبد الله علیه السلام أن أباه حدثه أن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم، أعطی خیبرا بالنصف أرضها و نخلها، فلما أدرکت الثمره بعث عبد الله بن رواحه فقوم

علیهم قیمه؛ و قال لهم إما أن تأخذوه و تعطونی نصف الثمن، و إما أن أعطیکم نصف الثمن و آخذه فقالوا بهذا أقامت السماوات و الأرض»

و فی التهذیب (۱)عوض الثمن فی الموضعین الثمره؛ و هو الأنسب بالخرص الاتی، و إن کان الثمن أنسب بالتقویم.

و

صحیح أبی الصباح الکنانی (۲)«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول: أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم لما افتتح خیبر ترکها فی أیدیهم علی النصف فلما بلغت الثمره بعث عبد الله بن رواحه إلیهم فخرصها علیهم، فجاؤا إلی النبی صلی الله علیه و آله و سلم و قالوا إنه قد زاد علینا، فأرسل إلی عبد الله بن رواحه فقال ما یقول هؤلاء؛ فقال: خرصت علیهم بشی ء، فإن شاؤا أخذوا بما خرصنا، و إن شاؤا أخذنا، فقال رجل من الیهود: بهذا قامت السماوات و الأرض».

و

صحیح یعقوب بن شعیب (۳)الأخر عن الصادق علیه السلام أیضا «قال فیه: فلما بلغ الثمره أمر عبد الله بن رواحه فخرص علیهم النخل، فلما فرغ منه خیرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بکذا صاعا، فإن شئتم فخذوه، و ردوا علینا نصف ذلک؛ و إن شئتم أخذناه و أعطیناکم نصف ذلک، فقال الیهود: بهذا قامت السماوات و الأرض»

و

مرسل محمد بن عیسی (۴)«قلت لأبی الحسن علیه السلام ان لنا أکره فنزارعهم فیقولون قد حرزنا هذا الزرع بکذا و کذا فأعطوناه و نحن نضمن لکم أن نعطیکم حصه علی هذا الحرز قال: و قد بلغ؟ قلت: نعم قال: لا بأس بهذا، قلت: فإنه یجی ء بعد ذلک فیقول لنا الحرز لم یجی ء کما حرزت قد نقص قال: فإذا زاد یرد علیکم: قلت: لا قال: فلکم أن تأخذوه بتمام الحرز، کما أنه إذا زاد کان له؛ کذلک إذا نقص کان علیه».

۱- ۱ التهذیب ج ۷ ص ۱۹۳ باب المزارعه الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۴.

و

خبر سهل (۱)«سألت أبا الحسن موسى علیه السلام عن الرجل یزرع له الحراث الزعفران و یضمن له على أن یعطیه فی کل جریب أرض یمسح علیه وزن کذا و کذا درهما، فربما نقص و غرم و ربما استفضل و زاد، قال: لا بأس به إذا تراضیا»

و

خبر عبد الله بن بکیر(۲)عن الصادق علیه السلام «سألته عن الرجل یزرع له الزعفران فیضمن له الحراث على أن یدفع له من کل أربعین منا زعفرانا رطبا منا و یصالحه على الیابس و الیابس إذا جفف ینقص ثلاثه أرباع، و یبقى ربعه و قد جرب قال: لا یصلح، قلت: و إن کان

علیه أمین یحفظه لم یستطع حفظه، لانه یعالج باللیل و لا یطاق حفظه، قال: یقبله الأرض أو لا على أن له فی کل أربعین منا منا»

إلى غیر ذلک من النصوص التی لا أجد خلافا بین الأصحاب فی العمل بمضمونها فی النخل و الثمار و الزرع، فهو إن کان بیعا فمستثنى من المحاقله و المزابنه، و من قاعده مغایره الثمن للثمن؛ و نحوهما مما یخالف قواعد البیع، مع أنک ستعرف کون التحقیق أنها لیست بیعا.

لکن فی السرائر و ان زارع أرضا أو ساقاها على ثلث، أو ربع أو غیر ذلک و بلغت الغله جاز لصاحب الأرض أن یخرص علیه الغله و الثمره، فإن رضى المزارع أو المساقی بما خرص أخذها و کان علیه حصه صاحب الأرض، سواء نقص الخرص أو زاد و کان له، کما فعل عامل رسول الله صلى الله علیه و آله و سلم بأهل خیبر و هو عبد الله بن رواحه الأنصاری الخزرجی، فأن هلکت الغله و الثمره قبل جذاذها و حصادها بآفه سماویه لم یلتزم العامل الذی هو الا- کار بشی ء لصاحب الأرض؛ و الذی ینبغی تحصیله فی هذا الخبر و السؤال أنه لا یخلو إما أن یکون قد باعه حصته من الغله و الثمره بمقدار فی ذمته من الغله و الثمره، أو باعه الحصه بغله من هذه الأرض فعلى الوجهین معا البیع باطل، لانه داخل فی المزابنه و المحاقله، و کلاهما باطلان، و إن کان ذلک صلحا لا بیعا فإن کان ذلک بغله و ثمره فی ذمه الأکار الذی هو المزارع فإنه لازم له؛ سواء هلکت الغله بالآفات السماویه أو الأرضیه، و إن کان ذلک الصلح بغله من تلک الأرض، فهو صلح باطل، لدخوله فی باب الغرر، لانه غیر مضمون، فان کان ذلک فالغله بینهما سواء زاد الخرص أو نقص

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب أحکام المزرعه الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب أحکام المزرعه الحدیث- ۲.

تلفت منهما أو سلمت لهما، فليلحظ ذلک، فهو الذی یقتضیه أصول مذهبنا و تشهد به الأدله، فلا یرجع عنها بأخبار الآحاد التی لا توجب علما و لا عملا؛ و إن کررت فی الکتب.

قلت: قد لحظناه فوجدناه کالاجتهاد فی مقابله النص المعمول به بین الأصحاب بل الظاهر إن الاشکال فی لزومها کما فی التذکره بل فی التنقیح و محکی إیضاح النافع و المیسیه، الجزم بعدمه من ذلک أیضا، ضروره صراحه بعض النصوص السابقه فیه، و ظهور آخر کالفتاوی التی لا یقدح ما فی بعضها کالمتن و غیره من التعبیر بالجواز المراد به رفع الحظر، لا نفی اللزوم الذی هو مقتضی الأمر بالوفاء بالعقود؛ فما فی مزارعه القواعد من أن الزائد إباحه علی إشکال، فی غیر محله قطعا، بل هو ملک للمتقبل کما کاد یکون صریح المرسل السابق، و ظاهر غیره، و الربا لو قلنا بعمومه معفو عنه فی المقام، علی أنه إن کان هو منشأ الاشکال، فلا یخص الزیاده، بل آت فی النقیصه أیضا.

ثم إن المنساق من النصوص السابقه ما هو صریح جماعه، بل المشهور بل ظاهر جامع المقاصد نسبته إلی تصریح الأصحاب من کون کیفیه التقبیل المزبور اعتبار العوض من الثمره المخروصه، و لا یقدح فی ذلک اتحاد الثمن و المثمن بعد ظهور النصوص المعمول بها بین الأصحاب فیه، سواء قلنا أنها بیع کما احتمله فی التذکره، و إن کان بعیدا لشده مخالفته لقواعد البیع مع عدم ظهور شی ء من النصوص فی أنه منه؛ و ذکر الأصحاب له فی بیع الثمار أعم من ذلک، أو معامله برأسها، أو صلح سیما بعد عدم الاتحاد حقیقه هنا لکون المعوض عنه الحصه المشاعه، و العوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتین بل لا یبعد جواز مثل ذلک فی الصلح مع قطع النظر عن نصوص المقام لعموم

قوله علیه السلام «الصلح جائز بین المسلمین»(۱)

الذی استفید منه قیامه مقام الهبه و غیرها، فجوزوا الصلح عن المال ببعضه و إن انحل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحکام الصلح الحدیث ۱- ۲.

إلى الهبه.

و لعله هنا كذلك من طرف القابل و المقبل و حينئذ فبناء على أن القباله نوع من الصلح كما هو صريح بعض و ظاهر آخر لا تكون مخالفه للقواعد أصلا إذ لا محاقله و لا مزابنه فيه و لا ربا أيضا و إن قلنا باختصاصه بالبيع، بل و على التعميم لما عرفت من أن الثمره و الزرع ليستا من المكيل و الموزون، و لا- منع من مثل هذا الاتحاد فيه؛ و كذا لو قلنا بأنها معامله برأسها كما هو مقتضى جوازها بلفظ التقبيل؛ بل فى المسالك ظاهر الأصحاب أن الصيغه تكون بلفظ التقبيل، و إن كان قد يشكل إن أريد الاختصاص، بخلو أكثر النصوص

السابقه عن اللفظ المزبور، بل ظاهرها خصوصا الأول الاكتفاء بغيره، و فى جامع المقاصد هل يحتاج ذلك اى التقبيل إلى صيغه عقد الظاهر نعم، لأنها صلح فى المعنى؛ و لأن الأفعال لما لم تكن لها دلاله بنفسها على المعانى تعين المصير إلى الألفاظ حينئذ، فيحمل على العقد لانه الموظف شرعا لنقل الملك؛ و لأن الأصل بقاء الملك لمالكه حتى يقطع بسببه، فان قلت: عباره الصحيح الأول داله على خلاف ذلك، قلت: ليس فيها دلاله على أن المسئول عنه فيها هو الجارى فى المعاوضه، فيجوز أن يكون المسئول عنه هو صحه إيقاع ما اراده».

قلت: لا ريب فى اعتبار الصيغه فى لزومها و خلو نصوصها عنها كخلو أكثر نصوص العقود عن ذلك، إنما الكلام فى أن صيغتها صيغه الصلح لعدم تعارف غير العقود المعهوده المفرده بالتبويب، و لعدم ظهور فى نصوص المقام بالاستقلال، إذ ليس فيها إلا الجواز الذى يمكن أن يكون بناؤه على أنها من الصلح، بل ربما كان فى بعضها إيماء إلى ذلك، أو أن صيغتها خصوص لفظ التقبيل المعبر به فى الفتاوى و بعض النصوص، لعدم ذكرهم ذلك فى باب الصلح؛ بل لا إشاره فى شى ء من كلامهم إلى أنه منه و ما فى المختلف كالذى سمعته من جامع المقاصد يراد منه أنها كالصلح فى المعنى، لا أنها تنعقد بصيغته.

نعم صرح فى الدروس بأنها نوع منه، و يمكن إرادته ذلك أيضا على إشكال و تردد؛

نعم بناء على جواز الاتحاد المزبور لا ينبغى التأمل حينئذ؛ فى صحه وقوعها، بصيغه الصلح، و إن لم تتم قباله، كما أنها كذلك لو وقع العوض من غيرها أو مطلقا بعقد الصلح، بل قد يستشكل من وقوع العوض من غيرها و الصيغه لفظ التقبيل، لما عرفت من أن وضعها على كون الثمن منها، كما يشهد له ما ذكره الشيخ و ابنا حمزه و إدريس و الفاضل و الشهيد و المقداد و غيرهم من عدم الضمان لو تلفت الثمره بآفه سماويه بل فى مزارعه جامع المقاصد نسبته إليهم مشعرا بدعوى الإجماع عليه، ضروره توقف صحته على كون الثمن منها، حتى يكون التلف حينئذ للعوض، و لا دليل على الانتقال إلى بدله بعد عدم الدليل على ضمانه فى يده، و لا ينافى ذلك صحته العقد، إذ ليس هو بغير عوض، بل عوضه من العوض، فمع فرض التلف بالافه يتحقق تلف العضوين معا من غير ضمان، فما فى التذكره من التردد فيه- كالمحكى عن تعليق الإرشاد، بل فى المسالك أن دليله غير واضح فى غير محله؛ بل لا- يحتاج ذلك إلى تنزيل العوض على الإشاعه، إذ يمكن أن لا يكون كذلك، و إن كان كليا مضمونا فى العين بشرط السلامه، للدليل نحو ما سمعته فى خبر الأطنان (۱)فى الجمله.

و على كل حال فليس مثل هذا انفساخا لا من الأصل و لا من الحين، لكن فى الدروس أن قرار ذلك مشروط بالسلامه، و المراد كما فى جامع المقاصد أنه إن هلكت لا صلح، و إن سلمت ثبت

و وجب العوض، و ربما أشكل بأنه لو هلك بعضها يجب القول بعدم بقاء الصلح، فلا يلزمه ما بقى من العوض، و يدفع بأن سلامه الجميع شرط للصلح فى الجميع، و سلامه الأبعاض شرط للصلح فيها، نعم قد يشكل بأنه قد صرح فى الدروس بالجواز لو تقلبها بعوض غير مشروط فيها، و لا دليل على اشتراط مثله بالسلامه؛ لأن المعوض إذا قبض بعوض وجب أن يكون مضمونا؛ فإذا تلف يجب أن يكون عوضه فى الذمه؛ و يمكن تنزيل ما فى الدروس على ما إذا كان العوض منها بالسلامه لا مطلقا بل قد سمعت سابقا أن ذلك و إن جاز؛ إلا أنه ليس قباله على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ۱.

الظاهر، لكن في جامع المقاصد «إن كلا من القولين لا يخلو من اشكال، أما اشتراط كون القباله من الثمره المتقبله فيه إشكالان، الأول أن اشتراط العوض من المعوض ينافي صحه المعاوضه عند الجميع، و ليس في النصوص ما يدل على الجواز هنا، الثاني لو نقصت الثمره بغير آفه بل كان من جهه الخرص يجب على تقدير كون العوض منها أن لا يجب الناقص على المتقبل مع أنهم حكموا بعدم وجوبه عليه، و أما على الجواز مطلقا فإشكالان مع ثالث، و هو عدم إمكان اشتراط السلامه في قرار القباله حيث يكون في الذمه لما قلناه من، امتناع كون محل العوض الذمه و يذهب بتلف الثمره.

و فيه ما عرفت سابقا من ظهور النصوص و الفتاوى في كون العوض منها، و حينئذ وجه عدم الضمان بالافه واضح، بل هو قد اعترف في باب المزارعه بأن هذه المعاوضه لا- تخرج باشتراط السلامه عن نهج المعاوضات، فإن المبيع في زمان الخيار من ضمان البائع و إن تلف في يد المشتري، لكن بغير تفريط؛ إذا كان الخيار للمشتري؛ و هي لا تزيد على ذلك، و منه يعلم وجه اندفاع الأخر. نعم يبقى المطالبه بالدليل على ذلك، فيما لو كان العوض من غيرها، و إقامته عليه- سيما مع عدم تصريح الأصحاب بأن القباله تكون من غير الثمره- لا تخلو من صعوبه و إن كان الظاهر بناء هذه المعاوضه على الزياده و النقصان من حيث الخرص لا غير، و ربما كان من

قوله عليه السلام (۱)«إذا كانت الزياده له فالنقيصه عليه»

إيماء إلى ذلك في الجمله، فيرجع حاصلها أن المتقبل ضامن للمقدار المعلوم مع سلامه الثمره و عدم تلفها، بل يمكن دعوى براءته لو كان المتلف غير الآفه من غاصب و شبهه، و إن استبعده في جامع المقاصد قال: «و الظاهر أن المراد بالافه السماويه و الأرضيه ما يكون ممن لا يعقل تضمينه. فلو أتلفها فتلف فالظاهر أن القباله بحالها، عملا بالاستصحاب و يطالب المتقبل المتلف، و يحتمل أن يراد بالارضيه ما يعم هذا، فيسقط القباله أيضا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب بيع الثمار الحديث ۴.

بإتلاف المتلف، و هو بعيد» و أما ما ذكره من عدم وجوب النقص على المتقبل لو كان النقصان من حيث الخرص، فيدفعه صريح بعض النصوص السابقه، و ظهور آخر و كون الثمن منها لا ينافى ذلك، إذ يلزم بالتأديه من حصته.

نعم لو فرض نقصان المجموع من المقدار اتجه ذلك، إلا أنه نادر لا يحمل عليه إطلاق النصوص و الفتاوى، فتأمل جيدا، ثم إنه لا يخفى ظهور النص السابق فى اعتبار البلوغ كما أنه صرح غير واحد بعدم وجوب القبول على الشريك، للأصل و غيره لكن قد يظهر من النصوص السابقه الالتزام بإحدى فردى التخيير؛ مؤيدا بوجه مشروعيه التقبيل من خوف الخيانه و نحوها، و الظاهر أنه لا يعتبر فى القباله ما تقدم فى العريه من وجوب الأخذ بمقدار الخرص من غير زياده و لا نقيصه، بعد ما سمعت من عدم الربا فى المقام «و الناس مسلطون على أموالهم» كما أنه قد ظهر لک مما قدمنا إمكان جريان التقبيل بالنسبه إلى غير الشريک بل فى غير الثمار، بناء على أن القباله نوع من الصلح؛ و إن ذلک كله جائز فيه، لعموم

قوله عليه السلام (۱)«الصلح جائز بين المسلمين»

لكن ظاهر الأصحاب الاقتصار و هو مؤيد لكون القباله قسما مستقلا برأسها، فيقتصر فى موردها على المتيقن. و الله أعلم.

[المسأله الثامنه إذا مر الإنسان بشى ء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع اتفاقا جاز أن يأكل من غير إفساد]

المسأله الثامنه: إذا مر الإنسان بشى ء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع أو قريب منها، بحيث لا يعد قاصدا عرفا بل كان ذلک منه اتفاقا جاز أن يأكل من غير إفساد مع عدم العلم و الظن بالكراهه على المشهور بين الأصحاب نقلا- و تحصيلا بل فى المختلف «عن السرائر إذا مر الإنسان بالثمر جاز له أن يأكل منها قدر كفايته، و لا يحمل منها شيئا على حال، من غير قصد إلى المضى إلى الثمره للأكل، بل كان الإنسان مجتازا فى حاجه ثم مر بالثمار، سواء كان أكله منها لأجل الضروره، أو غير ذلک، على ما رواه أصحابنا و أجمعوا عليه لأن الاخبار فى ذلک متواتره، و الإجماع منعقد منهم، و لا يعتد بخبر شاذ أو خلاف من يعرف باسمه و نسبه، لان الحق مع غيره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الصلح الحديث ۱- ۱۲.

و عن الخلاف الإجماع أيضا في النخل و الفواكه؛ و في الرياض لم نقف على مخالف فيه من قدمائهم إلا ما يحكى عن المرتضى في بعض كتبه، بل في شرح الأستاد أنه قيل بإضافه الزرع و الخضر؛ و نقلت عليه الشهره، و نسب إلى بعض نقل الإجماع فيه.

و كيف كان فيدل عليه مضافا إلى ذلك

قول الصادق عليه السلام في خبر عبد الله بن سنان (۱)«لا بأس بالرجل يمر بالثمره و يأكل منها و لا يفسد؛ قد نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن تبنى الحيطان في المدينه،

لمكان الماره، قال: و كان إذا بلغ نخله أمر بالحيطان فخرقت لمكان الماره»

و نحوه

خبر أبي الربيع (۲)عنه أيضا، إلا أنه قال: «و لا يفسد و لا يحمل»

ک

مرسل الفقيه (۳)عنه أيضا «من مر ببساتين فلا بأس أن يأكل من ثمارها، و لا يحمل شيئا».

و قد

قال محمد بن مروان للصادق عليه السلام في المرسل (۴)المروي بطرق ثلاثه «أمر بالثمره فآكل منها؟ قال: كل و لا تحمل»

و

زاد في أحد طرقه «قلت: جعلت فداك إن التجار قد اشتروها و نقدوا أموالهم، قال اشتروا ما ليس لهم»

و

سأله أيضا يونس (۵)«عن الرجل يمر بالبستان، و قد حيط عليه أو لم يحط عليه، هل يجوز أن يأكل من ثمره، ليس يحمله على الأكل من ثمره الا الشهوه له، و له ما يغنيه عن الأكل من ثمره، و هل له أن يأكل من جوع؟ قال: لا بأس أن يأكل و لا يحمله، و لا يفسده»

و

سأله «ابن أبي عمير(۶)عن الرجل يمر بالنخل أو السنبل أو الثمره، فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها ضروره أو غير

ضروره؟ قال: لا بأس»

و

خبر علی بن جعفر(۷)عن أخیه المروی عن کتاب مسائله لأخیه قال: «سألته عن الرجل یمر علی ثمره فیأکل منها، قال: نعم قد نهی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم أن تستر الحیطان برفع بنیانها»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۸.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۵.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۳.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۲.

إلی غیر ذلک من النصوص التی لا یبعد تواترها کما سمعته من ابن إدریس؛ و لذا عمل بها هو کغیره ممن لا یری العمل إلا بالقطعیات.

فمن الغریب بعد ذلک التوقف فی الحکم المزبور فضلا عن الجزم بعدمه لقاعده قبح التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه؛ المعلومه بالعقل و النقل، کمعلومیه حرمه الظلم و الجور و الخیانه و السرقه، و تحریم أکل أموال الناس بالباطل، و

صحیح علی بن یقطین (۱)«سألت أبا الحسن علیه السلام عن الرجل یمر بالثمره من الزرع و النخل و الکرم و الشجر و المباطخ و غیر ذلک من الثمر أ یحل له أن یتناول منه شیئا و

یأکل من غیر إذن صاحبه و کیف حاله إن نهاه صاحب الثمره، و أمره القیم، و لیس له و کم الحد الذی یسعه أن یتناول منه؟ قال: لا یحل له أن یأخذ منه شیئا»

و

مرسل مروان بن عبید(۲)قلت للصادق علیه السلام: «الرجل یمر علی فراخ الزرع یأخذ منه السنبله؟ قال: لا قلت:

أی شی ء السنبله، قال: لو کان کل من یمر به یأخذه منه سنبله لا یبقی منه شی ء»

و

خبر مسعده بن زیاد المروی عن قرب الاسناد(۳)«عن جعفر بن محمد علیهما السلام أنه سئل عما یأکل الناس من الفاکهه و الرطب مما هو حلال لهم؟ فقال لا یأکل أحد إلا من ضروره و لا یفسد؛ إذا کان علیها بناء یحاط و من أجل الضروره نهی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم أن یبنی علی حدائق النخل و الثمار، بناء لکی لا یأکل منها أحد»

مؤیدا ذلک کله بنصوص التقبیل و الخرص فی الزکاه و الخراج، بل و بما دل علی إخراج النخله و نحوها لأجل الماره، الظاهر فی التساهل بأمر الماره و باستمرار السیره علی بناء الجدران و وضع الأبواب و منع الناس و امتناعهم، مع أنه لو کان مثل ذلک جائزا لشاع، حتی بلغ التواتر، لا أنه تعارف خلافه و بأن فتح هذا الباب یقتضی بأن تضمحل أموال الناس کما أومأ إلیه خبر السنبله، سیما مع

کثره الثمار علی الطرق المسلوکه، بل یبعث علی التجری علی الحرام، حتی أن کل من یجی ء یقول لم أکن قاصدا له، و من کان له عداوه مع أحد یتقصد إضراره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۶.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب بيع الثمار الحديث- ١٠.

و له عذر واضح؛ بل يلزم منه أيضا استباحه الأغنياء زكاه الفقراء غير السادات، و خمس السادات مع القول بالتعلق بالعين.

و من ذلك يظهر أن أدله الجواز لا تقوى على تخصيص هذه الأدله، سيما مع اختلاف نقل الإجماع؛ و عدم خلو كثير من النصوص السابقه عن البحث في السند أو الدلاله، و إمكان حمل جمله منها على شهاده القرينه بالإذن، كما يرشد اليه خبر الجدران، أو على أن لذلك العصر خصوصيه على شهاده القرينه بالإذن أو على حال الضروره أو على تعليم أهل الثمار الرخصه، و أنه ينبغي لهم ذلك نحو ما وقع من النبي صلى الله عليه و آله و سلم، و

في المروي عن صاحب الزمان عجل الله فرجه (۱)في جواب مسائل العمري، «أما ما سألت من أمر الثمار من أموالنا يمر به المار فيتناول منه و يأكل هل يحل له ذلك؟ فإنه يحل له أكله، و يحرم عليه حمله»

و لا أقل من أن يفيد ذلك كله الشك و الأصل الحرمه.

هذا أقصى ما يقال في ترجيح القول بالعدم الذي هو مختار المرتضى في المحكي عنه في

المسائل الصيداويه، و الفاضل في مكاسب المختلف، و إن توقف في الأطعمه، و المحقق الثاني و غيرهم من المتأخرين و متأخريهم، و اختاره الأستاد الأكبر، إلا أن الجميع كما ترى، بل يشبه أن يكون اجتهادا في مقابله النص، إذ القاعده بعد تسليم حكم العقل بإقعادها حال عدم العلم بالكراهه يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت، فضلا عن جميعه كغيرها من القواعد، إذ مرجعه إلى الإذن الشرعيه التي هي أقوى من المالكيه، و بها مع فرض كون موضوع البحث عدم العلم بالكراهه، يخرج ما نحن فيه عن موضوع الظلم و الخيانه و السراقه و الجور و الأكل بالباطل و نحو ذلك.

و الصحيح مع معارضته بغيره محتمل للحمل منها و للكراهه، و لإراده بيان حكم التناول مع نهي المالك و أمر القيم، و لغير ذلك؛ و المرسل مع عدم الجابر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بيع الثمار الحديث- ۹.

و معارضته بما سمعت محتمل أو ظاهر أو صريح فى غير التناول للأكل، ضروره استبعاده فى السنبله الواحده لعدم تعارفه بل ظاهر السائل الإقدام على ذلك باعتبار قله الإكتراث بالسنبله، فأجابه عليه السلام بالحكمه المزبوره.

و فى الحدائق «الظاهر أن هذا الخبر لا يدخل فى سياق هذه الاخبار، فلا معنى لإجرائه فى هذا المضمار، فإن موضوع المسأله الأكل من الثمار فى مكانه من غير أن يحمله، و الظاهر أن السنبل ليس من المأكول على تلك الحال، فالظاهر إراده حمله، و المنع فيه مما لا خلاف فيه و هو حسن.

لكن قيل يتعارف أكله مقلا و نحوه، و خبر قرب الاسناد محتمل للكراهه، خصوصا مع استثنائه الضروره، و عدم بيان حدها، بل الظاهر منها عدم الوصول إلى حد الخوف على النفس؛ أو أن المراد منه المنع منه مع قيام شاهد الحال على العدم كالحائط و نحوه، و الخرص و التقبيل مع كونه فى الغالب عند البلوغ، يمكن اعتبار أمر الماره فيه و إخراج النخله لإراده الماره بصاحب البستان، فإن من المتعارف بذل شى ء من الثمره لمن يمر به، و المسلم من قيام السيره على ما يفسد و بناء الجدران و وضع الأبواب للخوف من ذلك، على أنه إذا كان قد تعارف المنع خرج عن موضوع المسأله الذى هو الأكل مع عدم العلم بالمنع، و عدم البلوغ إلى حد التواتر لا يقضى بالمنع كما فى غيره من الاحكام التى هى أهم منه، مع أنك قد سمعت دعواه و دعوى الإجماع و غيرهما، و ليس فى الأكل مع عدم الإفساد اضمحلال لأموال الناس، بل ربما أدى إلى البركه فيها، و مثل هذه الباعثيه لا تصلح دليلا للمنع، كوضوح العذر له، و لو أن نحو ذلك صالح لامتنع كثير من الأحكام الشرعيه، و إباحه الشارع الثمره للمارين أغنياء كانوا أو فقراء تجرى على الجميع كما اعترف هو به فى آخر كلامه؛ لانه المالك الحقيقى، و ليس مثل هذا الاختلاف فى نقل الإجماع قادحا، كما أن عدم خلو النصوص عن البحث فى السند أو الدلاله بعد الاعتضاد بما عرفت غير قادح أيضا.

و من ذلک کله ظهر لک قوه القول بالجواز. نعم لیس فی شی ء من نصوصه تعرض لغیر الثمره و النخل، و اقتصار بعضهم علی الثانی، کما عن الشیخ فی المسائل الحائریه فی غیر محله إن أراد عدم الجواز فی غیره، أما الخضر فقد عرفت عن بعضهم دعوی الشهره علیه، و آخر نقل الإجماع، و قد یدعی تناول لفظ الثمره له کما یشهد به صحیح ابن یقطین (۱)السابق و غیره، کتناول لفظ البستان المراد منه ما فیه، بل قد یدعی تناولهما لمطلق الزرع خصوصا الثانی متمما حینئذ بعدم القول بالفصل مضافا إلی مرسل ابن ابی عمیر(۲)السابق لکن تردد فیهما المصنف فی النافع و أطعمه الکتاب، لاختصاص کثیر من الأدله السابقه بغیرهما، و للصحیح (۳)و المرسل (۴)السابقین فی دلیل المنع مضافا إلی الاقتصار فیما خالف الأصل علی المتیقن، و فی الریاض- «لا ریب أن الترک هنا بل و سابقا أیضا أحوط و أولی، بل ربما کان متعینا، و لا وجه لتخصیص التردد بالحکم هنا مع جریانه فی غیرهما إلا وجود القائل بالمنع هنا زائدا علی المرتضی و عدم حکایه إجماع هنا مع اختصاص کثیر من الفتاوی المجوزه المحکیه فی المختلف بالحکم سابقا».

قلت: قد عرفت عن بعضهم نقل الإجماع، کما أنک عرفت وجه الاختصاص بالتردد، و علی کل حال فلا ریب أن الأحوط الترک فیهما، بل و فی غیرهما و إن اختلف شده و ضعفا؛ ثم إن ظاهر المتن کغیره اشتراط الجواز بأمور ثلاثه، أحدها- کون المرور اتفاقیا، فلو کان مقصودا لم یجز له، اقتصارا علی المتیقن؛ و قد یظهر من الریاض دعوی الإجماع علیه؛ کما فی الحدائق نسبه إلی الأصحاب، و فی شرح الأستاد «اعتبار عدم قصد المرور منه و لا من ولیه لخصوص تلک الثمره و نحوه، لا فی مبدء المسافه؛ و لا فی أثنائها، لیتحقق صدق اسم المرور؛ و للإجماع علیه، و لو عینها بالإشاره و اختلف الاسم کان قاصدا؛ بخلاف العکس، و العمده ما عرفت من الاقتصار علی المتیقن و خبر عبد الله بن سنان (۵)السابق مع قصور سنده و عدم الجابر له، یمکن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۶.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸- من أبواب بیع الثمار الحدیث- ۱۲.

أن يكون نفى الباس فيه عن الأكل، فكأنه قال: لا بأس بالأكل بعد المرور اتفاقا».

لكن قد يقال: ان ظاهر النصوص الجواز بتحقق اسم المرور و إن كان مقصودا.

نعم إذا كـان المقصود المجى ء إلى البسـتان مثلا- لم يصـدق عليه اسم المرور بهـا، و هـذا لا- يقتضـى اعتبار الاتفاق فى المرور، ضروره أعميه مفاد النصوص من ذلک، فالتحقيق دوران الحكم مداره، فيرجع هذا الشـرط إلى تحقق مسماه لا أمر زائد؛ و قاعده الاقتصار على

المتيقن لا وقع لها مع فرض ظهور الأدله الذى عليه المدار فى جميع الاحكام كما هو واضح.

الثـانى: عـدم الإفسـاد بلا خلاف أجـده فيه بل ادعى بعضـهم عليه الإجماع، و هو الحجه بعـد الاقتصار المزبور، و انصـراف إراده الشـرطيه من النهى فى المقـام فى النصوص السـابقه عنه و عن الحمل، و منه يظهر وجه الشـرط الثالث الـذى أشار إليه المصـنف بقوله و لا يجوز أن يأخذ معه شيئا بل فى الرياض بعد نسبه الحكم به إلى القطع به بين الطائفه- لعله إجماع، لكن قال بعد ذلک: «ان إثبات شرطيته و سابقه من الأصل و النصوص مشكل، لاندفاع الأول بإطلاق الرخصه، و لعدم نهوض الثانى إلا بالنهى عنهما، و غـايته الحرمه، و هى أعم من الشـرطيه؛ فإثباتها بـذلک فى كلام جماعه لا تخلو من مناقشه. نعم الظاهر التلازم بينهما فى النهى عن الإفسـاد، إذا فسـر بمـا مر؛ و هو عـدم الأكل كثيرا بحيث يؤثر فيها أثرا بينا، و يصـدق معه مسـماه عرفا و يختلف ذلک بكثره الثمره و الماره و قلتهما جـدا، لا إن فسـر بالمعنى الأخر و هو عـدم الحائط أو كسـر الغصن أو نحو ذلک» قلت: قـد عرفت ظهور النهى المزبور فى الشـرطيه هنـا كغيره من المقامـات سـيما بعـد الاعتضـاد بظـاهر كلام الأصـحاب، و إن كان فى ظهور العباره و نحوهـا بالشـرطيه نـوع منـاقشه، و لكـن مع الالتفـات الى كلام الأصـحاب- و اسـتبعاد اقترانهـا بالإبـاحه على معنى إراده الحرمه الخارجيه منها على حسب غيرها من المحرمات- تندفع المناقشه المزبوره.

و أما ما ذكره من التلازم المزبور فلا يخلو من مناقشه مع فرض تحقق الفساد بالاخر، فإنه لا مانع حينئذ من القول باختصاصه بالحرمه دون الأول نعم لو قلنا بالأخير يتحقق الفساد فى الجميع على وجه يكون تمام ما أكله مندرجا فى النهى اتجه ذلك، و لكنه خلاف المنساق من قوله كل و لا تفسد. ثم إن الظاهر من هذا الشرط و سابقه كونه من الشرائط الكاشفه، لو فرض تأخيرهما عن الأكل المباح، و قلنا بالشرطيه فى هذا الحال؛ لإطلاق الأدله، و لكن الكشف بالنسبه إلى الضمان متجه، أما بالنسبه إلى الإباحه فلا يخلو من منع، و دعوى أن الشرط فيهما قصد الحمل و قصد الإفساد يدفعها ظهور الأدله فى خلافها؛ بل لا إشعار فى شى ء بالقصد. نعم قد يقال: بتصور الكشف فيها على بعد؛ بل يمكن القطع بفساده بملاحظه الأدله فتأمل.

و كيف كان فظاهر الأستاد الأكبر ثبوت الحرمه بقصد الإفساد بلغ حده أولا قال: «و مع عدم القصد ينتفى الجواز عند خوفه، و لا فرق بين حصول الفساد من واحد أو من جماعه، فلو أكلت الماره حتى قرب الفساد حرم على الأخير، و إذا علم ترتب الفساد على المجموع، اقترعوا على التناول، فيجوز لكل من طلعت له القرعه (ثم قال):

و المنع مع الفساد فى الجمله مما يقضى به الأصل و العقل و الكتاب و السنه و الإجماع محصله و منقوله، و بعض أخبار الباب.

و الظاهر أنه لا فرق بين الفساد فى الشجر و الثمر، و فى الجدران و السواقى و المساقى، و بمثل ذلك يظهر قوه التحريم، لان المار لا يعلم قدر الثمره ابتداء حتى يعرف الفساد، فربما أكل من صاع هو بقيه ألف صاع من حيث لا يعلم، و الظاهر ثبوت الضمان عليه مع العمد فى الإفساد بدونه، و أجره المثل لو مكث زائدا على مقدار ما يحتاج إليه فى التناول، إلى أن قال:، و لا بد أن يقتصر فى الأكل على أكله المعتاد على وفق المعتاد، فان زاد ضمن الجميع، و له الخيار فى اختيار أقسام الثمره، و لو عين المالك شيئا تعين» و فيه مواضع للنظر، كما أن ما فيه أيضا من أن الظاهر اعتبار كون الثمره على الشجر، اقتصارا على المتيقن، و كون المار مسلما حيث

يكون المالك كذلك، إذ لا سبيل عليه لغيره، و اعتبار الايمان من المؤمن لا يخلو من وجه، و اشتراط أن لا يكون له ثمر متصل بثمر الغير، و أن لا يكون حاملا من جنسه لا يخلو من قوه، و اشتراط عدم علم الكراهه أو ظنها، و عدم السور و الباب ينافيه ما فى بعض روايات الباب، و لا محيص عن القول به كذلك» فيه مواضع للنظر أيضا.

نعم ما فيه «من أنه لا يجوز أن يهب مارا و لا غيره أو يجعله نائبا و ما أكلته الماره حين تعلق الزكاه أو الخمس جار على الجميع، فلا شى ء للفقراء على المالك، و ليس حق الماره مما يجوز نقله، و لو استناب أحدا فى التناول له جاز على إشكال» جيد بل الإشكال فى الأخير ضعيف، ثم إن ظاهر خبر ابن سنان السابق (۱)اعتبار البلوغ فى الثمره فلا تباح حينئذ للماره قبل بلوغها، كما هو مقتضى الاقتصار على المتيقن نعم لا يبعد أن يكون المراد من ذلك الوصول إلى حد اعتياد التناول، و ربما ظهر من بعض مشايخنا تعميم الحكم للثمره و إن لم تبلغ حد اعتياد الأكل، و هو و إن كان قد يشهد له إطلاق كثير من النصوص؛ لكن ما ذكرنا أقوى و أحوط؛ و لا فرق بين الثمره المعتاده و غيرها من سائر الشجر و الله أعلم.

۱- ۱ الوسائل الباب ۸- من أبواب بيع الثمار الحديث ۱۲.

[الفصل التاسع فى بيع الحيوان]

اشاره

(الفصل التاسع) فى البحث عن بيع الأناسى من الحيوان و تمام القول فيه يتوقف على النظر فيمن يصح تملكه و أحكام الابتياع و لواحقه.

[النظر الأول فيمن يصح تملكه]

أما الأول فلا خلاف فى أن الكفر الأصلى بأحد أسبابه سبب لجواز استرقاق الكافر المحارب الخارج عن طاعه الله و رسوله، و لم يكن معتصما بذمه أو عهد أو نحوهما و يلحقه فى هذا الحكم ذراريه و إن لم يتصفوا بوصفه و يسرى الرق فى أعقابه و إن زال وصف الكفر (۱۱) عنه، لأنهم نماء الملك الذى قد فرض حصوله بحصول سبب التملك حال الاسترقاق، ما لم يعرض الأسباب المحرره (۱۲) فيتبعه حينئذ أعقابه

بعد الحريه فيها، لخروجه عن الملك المقتضى لملكيه النماء حينئذ، و خرج بالأصلى المنتحل للإسلام المتحصن به عن الاسترقاق إجماعا، و المرتد الذى خرج كفره المتجدد بتخلل الإسلام أو ما فى حكمه عن كونه أصليا؛ لأصاله الحريه السالمه عن المعارض بعد اختصاص الفتاوى و النصوص و لو بحكم التبادر فى غيره، بلا خلاف أجده فى ذلك هذا.

و فى الحدائق «المرتد و إن كان بحكم الكافر فى جمله من الأحكام إلا أنه لا يجوز سبيه، و فى جواز بيع المرتد الملى قول قواه فى الدروس و أما الفطرى، فلا، قولا واحدا فيما أعلم» قلت: الموجود فى الدروس هنا «و يصح بيع المرتد عن مله

لا عن فطره علی الأقوی» و الظاهر کون المراد بیع المالک للعبـد المرتـد عن مله لا عن فطره، و غیر الأقوی جواز بیعهما معا، قال فی التذکره: «المرتد إن کان عن فطره ففی صـحه بیعه نظر، ینشأ من تضاد الحکمین، و من بقاء الملک، فإن کسـبه لمولاه؛ و أما عن غیر الفطره فـالوجه صـحه بیعه، لعـدم تحتم قتله لاحتمال رجوعه إلی الإسـلام.» و علی کل حال فهـذا غیر ما نحن فیه، ثم إن مقتضـی إطلاـق المتن و غیره ما هو صـریح الفاضل و غیره من عـدم الفرق فی سـبب الملک بین الکافر و المسـلم؛ بل فی شـرح الأستاد أن الإجماع بقسمیه علیه، و

قال رفاعه فی الصحیح (۱)«لأبی الحسن علیه السلام: إن القوم یغزون علی الصقالبه و الروم (۲)فیسترقون أولادهم من الجواری و الغلمان، فیعمدون إلی الغلمان فیخصونهم ثم یبعثون بهم إلی بغداد إلی التجار فما تری فی شـرائهم و نحن نعلم أنهم قد سرقوا و إنما أغاروا علیهم من غیر حرب کانت بینهم فقال لا بأس بشرائهم، إنما أخرجوا من الشرک الی دار الإسلام».

و

فی خبر إبراهیم بن عبد الحمید(۳)عن أبی الحسن علیه السلام أیضا «فی شراء الرومیات فقال: اشترهن و بعهن»

و

سأل عبد الله اللحام (۴)أبا عبد الله علیه السلام «عن رجل یشتری من أهل الشرک ابنته فیتخذها قال: فقال: لا بأس»

و

سأله أیضا «عن الرجل یشتری امرأه رجل من أهل الشرک یتخذها قال: فقال: لا بأس»

ظاهر خبر اللحام الأول ملکه من ینعتق علیه، و قد استشکل فیه الفاضل من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض و دوام القرابه الرافعه للملک بالقهر؛ قال: «و التحقیق صرف الشراء إلی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۱.

۲- ۲ هکذا کان فی النسخ المصححه، و فی الکافی« ان الروم یغیرون علی الصقالبه، الی آخر الحدیث.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۲-.

الاستنقاذ، و ثبوت الملک للمشتری بالتسلط» قلت: المتجه علی هذا عدم لحوق أحکام البیع من الخیار و الأرش و نحوهما، لکن مع ذلک توقف فیه الفاضل، و هو فی غیر محله قطعا.

نعم قد یقال ببقاء الملک لأنه إن قلنا بتوقف العتق علی تقدمه زمانا، فمن الواضح حینئذ عدم وقوعه مع المقارنه؛ لأن کل حین من أحیان العتق یقارنه سبب الملک؛ فلم یزل مملوکا عتیقا، و إن قلنا بتوقفه علی التقدم الذاتی فکذلک أیضا، إذ السببان کفرسی رهان، و قاعده سلطان الملک «و تسلط الناس علی أموالهم» أصل لا یخرج عنه فی محل الشک، أو یقال إن عدم جواز التملیک عندنا، مع الجواز عندهم غیر قادح فی جواز الأخذ منهم، إلزاما لهم بمذهبهم، و لو قلنا بعدم الجواز فالظاهر جواز أخذ الثمن منهم، لو وقع البیع بینهم، و إن کان الدافع ذمیا أو معاهدا هذا.

و لکن الانصاف عدم خلو أصل المسأله من إشکال إن لم یکن إجماع علی کون الاستیلاء من بعضهم علی بعض مملکا، کاستیلاء المسلم، خصوصا بعد أصاله الحریه و عدم ملک الناس بعضهم لبعض، و النصوص المزبوره محتمله لإراده التسلط العرفی من الشراء فیها خصوصا فی الروایه الأولی المقتضی خصی الغلمان فیها العتق، لکونه تنکیلا بل من المحتمل إراده المخالفین من ملوک أهل الجور من القوم فیها، و من الغریب الجزم من بعض الناس بالملکیه فی السبب بالتقریر الذی سمعته، مع أنه یمکن منع کون السببین فیه علی ما ذکر؛ باعتبار تقدم القرابه المتحققه بانعقاد النطفه، و لا ریب فی أنها قبل القهر و الله اعلم.

و یملک اللقیط من دار الحرب التی لیس فیها مسلم یمکن تولده منه بالاستیلاء علیه، بلا خلاف أجده فیه، إلحاقا له بأهل الدار الذین قد عرفت کون حکمهم ذلک، و لا یملک إذا کان فیها مسلم یمکن تولده منه بلا خلاف أجده فیه، بل عن بعضهم دعوی الإجماع علیه لأصاله الحریه، لکن قد یناقش فیها بظهور الوجدان

فی الـدار فی کونه منهم؛ و هو کاف فی قطع الأصل، و إلا لم یترتب الملک علی- الالتقاط إلا نادرا، لنـدره عدم الاحتمال؛ و لو جری الحکم فی الأسـر أیضا لوحـده المـدرک؛ لقل ما یحکم بترتب الملک فیه أیضا؛ و لوجب فی الغالب الفحص و السؤال إذ قل ما ینتفی الاحتمال، قلت: یمکن أن یکون المستند فی ذلک إطلاق النصوص لا الأصل المزبور، ک

قول الصادق علیه السلام فی خبر زراره(۱)«اللقیط لا یشتری و لا یباع»

و

فی خبر المداینی (۲)«المنبوذ حر، فإن أحب أن یوالی غیر الذی رباه و الا فإن طلب منه الذی رباه النفقه، و کان مؤسـرا رد علیه، و إن کان معسرا کان ما أنفق علیه صدقه»

: و

فی خبر عبد الرحمن العزرمی (۳)عن أبیه عن الباقر علیه السلام «المنبوذ حر فإذا کبر فإن شاء یوالی الذی النقطه، و إلا فلیرد علیه النفقه، و لیذهب فلیوال من یشاء»

و

سأله محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح «عن اللقیطه فقال: حره لاتباع و لا تشتری و لا توهب»

اللهم إلاـ أن یـدعی أن الاخبـار لاـ یفهم منهـا إلاـ مـا فی دار الإسـلام، کمـا یفهم من أخبـار لقطه المال و الحیوان و یـدفع بمنع اختصاصها فی ذلک؛ و لو بمعونه فهم الأصحاب.

نعم لاـ ریب فی خروج مـا کـان منه فی دار الحرب علی الوجه السـابق منهـا، ترجیحـا لما دل علی جواز تملک مثله علیها إن قلنا بشـمول إطلاقها لمثله، کما أنه لا ریب فی اختصاص الحکم المزبور بالالتقاط؛ لما عرفت من إطلاق النصوص الحریه، أما الأخذ و نحوه مما لا یعد التقاطا

فیترتب علیه أحکام الملک، بظاهر الـدار؛ و لا یلتفت إلی الاحتمال المـذکور، بل قد یمنع إلحاق المعتصم بالمسـلم فی الالتفات إلی الاحتمال المزبور، لعـدم انجبار الإطلاق بالفتوی، بل ظاهر الفتوی القطع بوجود المسـلم الممکن التولـد منه» فلا یجزی الظن بوجوده؛ فضلا عن الاحتمال لأصاله عدمه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب اللقطه الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب اللقطه الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب اللقطه الحدیث- ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب اللقطه الحديث- ۵.

السالمه هنا عن المعارض، بخلاف أصاله عدم التولد منه.

و على كل حال فقد ظهر أنه لا يملك اللقيط من دار الإسلام بلا خلاف، فتوى و نصا، إلا إذا علم انتفاؤه عن المسلم و من فى حكمه بالنسبه إلى ذلك فلو بلغ و أقر جامعا لشرائط صحه الإقرار بالرق، أو ببعض علله أو نحو ذلك مما يقتضيه قيل و القائل ابن إدريس ناسبا له إلى محصلى الأصحاب لا يقبل لان الشارع حكم عليه بالحريه، و قيل و القائل غيره، بل قيل إنه إجماع يقبل و هو أشبه بعموم جواز إقرار العقلاء على أنفسهم، و بما سمعه ابن سنان

(۱)عن الصادق عليه السلام «إن عليا عليه السلام كان يقول الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه- بالعبوديه و هو مدرک؛ من عبد أو أمه، و من شهد عليه بالرق صغيرا كان أو كبيرا»

و

سأله الفضل (۲)«عن رجل أقر أنه عبد قال: يؤخذ بما أقر به»

و لا ينافيه الحكم الشرعى ظاهرا بالحريه كما فى غيره مما يعترف الخصم به.

و دعوى ظهور نصوص اللقيط فى التحرير شرعا لا الحكم بها؛ ظاهر ينفيها اتفاق الأصحاب على خلافها ظاهرا، بل يمكن دعوى انسياق ذلک منها؛ مع قطع النظر عنها، خصوصا بعد معلوميه خروج المعلوم انتسابه إلى أهل الحرب منها، ثم إنه قد يظهر من إطلاق المتن و غيره فى باب اللقطه عدم اعتبار الرشد فى صحه الإقرار المزبور لانه ليس إقرارا بالمال؛ و إن ترتب عليه، كما يسمع إقراره بما يوجب القصاص؛ و إن أمكن رجوعه إلى المال بوجه و أشكل بما لو كان فى يده مال، فإن إقراره على نفسه بالرقيه يقتضى كون المال له، إلا أن يقال بثبوته تبعا لثبوت الرقيه، لا أنها إقرار بالمال؛ و فيه بحث، و من هنا مال بعضهم إلى اشتراطه، بل جزم به شيخنا فى شرحه بذلک، لما عرفت، و لانه نفسه مال، فلا يقبل إقراره، و فيه أنه لا دليل معتبر صالح لتقييد أدله جواز الإقرار التى يجب الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن الذى هو غير مفروض البحث قطعا، كما هو واضح بأدنى تأمل، و تفسير المدرک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب العتق الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب العتق الحديث ۲.

بالرشيد فى الخبر المزبور لا- شاهد له بل ظاهره إراده كونه بالغا عاقلا، هذا و تسمع تمام البحث فى أطراف المقام إنشاء الله تعالى.

و يصح أن يملك الرجل كل أحد لعموم الأدله أو إطلاقها عد أحد عشر فلا يستقر ملك الرجل عليهم، بل ينعتقون عليه قهرا و هم الإباء و الأمهات و الأجداد و الجدات لهما أو لأحدهما و إن علو أو الأولاد و أولادهم ذكورا و أناثا و خناثا و إن سفلوا و الأ-خوات و العمات و الخالات و إن علتا، لا عمه العمه و لا خاله الخاله و لا عمه الخاله و لا خاله العمه إذا لم تكن عمه و خاله و بنات الأخ و بنات الأخت بلا خلاف أجده فيه نصا و فتوى، إذ اقتصار البعض على ذكر البعض ليس خلافا فى المقام قطعا كما لا يخفى على من لا حظ بل الإجماع بقسميه على ذلك.

نعم قيل بل نسبه بعضهم إلى ظاهر الأكثر أن المراد من نحو ما فى المتن عدم استقرار الملك؛ فيدخل فى الملك آنا ما بعد الشراء مثلا- ثم ينعتق و لعله للجمع بين قاعده «لا- عتق إلا- فى ملك» و قاعده «ترتب الملك على أسبابه» و بين ما دل على الانعتاق هنا قهرا، مضافا إلى ظهور بعض نصوص المقام فى حصول الملك بالشراء ثم العتق، كقوله «إذا ملك الرجل و الديه أو أخته أو عمته عتقوا «و قوله «إذا ملكهن عتقهن» و نحو ذلك، فالجمع بين ذلك و بين التبعض الآ-خر الدال على عدم الملك بإراده المستقر من الثانى و غيره من الأول هذا.

و قد يقال أن ظاهر جمله من النصوص ترتب العتق على نفس الشراء مثلا، فيمكن أن يكون تقدم الملك على العتق تقدما ذاتيا لا زمانيا، و مثله كاف فى مثل «لا عتق إلا فى ملك» ضروره أنه على تقدير إراده الزمان يستلزم تخلف المعلول عن العله، و هو ممتنع عقلا من غير فرق بين قصر الزمان و طوله، فالشراء مثلا سبب لحصول الملك و العتق معا، إلا أنه لما كان الأول سببا فى الثانى كان متقدما عليه فى الذات لا الزمان كتقدم الشراء على الملك و غيره من العلل و المعلولات، و حينئذ فيمكن الجمع بين-

النصوص بذلک، بل هو أقرب من الأول إلی الضوابط، فتأمل جیدا، و الله اعلم هذا.

و ستسمع الحکم فی الصبی و الصبیه و الخنثی المشکل.

و علی کل حال ف هل یملک الرجل هؤلاء من الرضاع قیل: و القائل القدیمان و المفید و الدیلمی و ابن إدریس، بل نسبه الأخیر إلی المحصلین من الأصحاب نعم؛ و قیل و القائل الشیخ و ابنا البراج و حمزه و غیرهم لا؛ و هو الأشهر بل المشهور بین المتأخرین، بل عن بعضهم دعوی الإجماع علیه؛ ل

قول الصادق علیه السلام فی صحیح أبی بصیر و أبی العباس و عبید(۱)الذی رواه الصدوق بأسانید متعدده، «و لا یملک (أی الرجل) أمه من الرضاع و لا ابنته و لا عمته و لا خالته، فإنهن إذا ملکن عتقن، و قال: ما یحرم من النسب فإنه یحرم من الرضاع مثل ذلک، و قال:

یملک الذکور ما خلا والدا و ولدا، و لا یملک من النساء ذات رحم محرم، قلت: یجری فی الرضاع مثل ذلک؟ قال: نعم یجری فی الرضاع مثل ذلک»

و نحوه

خبر أبی بصیر الأخر(۲)و زاد «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب».

و

صحیح الحلبی و ابن سنان (۳)«فی امرأه أرضعت ابن جاریتها؟ فقال:» تعتقه»

عن المقنع أنه رواه مرسلا، و

فی صحیح عبید(۴)«و لا یملک أمه من الرضاعه»

و

سأله ابن سنان (۵)أیضا «عن امرأه ترضع غلاما لها من مملوکه حتی تفطمه؛ یحل لها بیعه؟ قال: لا، حرم علیها ثمنه، ثم قال: أ لیس قد قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب، قد صار ابنها، فذهبت أکتبه فقال أبو عبد الله علیه السلام:

لیس مثل هذا یکتب»

و نحوه

صحيحه الآخر[6]إلا أن فيه «أنه سئل و أنا حاضر،»

١- ١ الوسائل الباب- ۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٣.

۴- ۴ الوسائل الباب- ٧- من أبواب العتق الحديث ٧.

۵- ۵ الوسائل الباب- ٨- من أبواب العتق الحديث ٣.

۶- ۶ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث- ١-.

و

عن المقنع (۱)أنه «روی فی مملوکه أرضعتها مولاتها بلبنها أنه لا یحل بیعها»،

و

خبر علی بن جعفر المروی عن کتابه (۲)«سأل أخاه عن امرأه أرضعت مملوکها ما حاله؟

قال: إذا أرضعته عتق».

و

صحیح عبد الرحمن (۳)عن الصادق علیه السلام أیضا قال «سألته عن المرأه ترضع عبدها، أ تتخذه عبدا. قال: تعتقه و هی کارهه»

قیل و

رواه الشیخ بسند آخر مثله، إلا أن فیه «و یعتقونه و هم له کارهون»

و الظاهر إراده الانعتاق قهرا، و منه یعلم المراد من صحیح الحلبی و ابن سنان السابق، کما أن الظاهر عدم إراده الاقتصار علی الام من صحیح عبید؛ للإجماع المرکب علی خلافه، و لظهور النصوص فی أن العله علقه الرضاع،

فهذه النصوص مع صحه السند و کثره العدد و شهره العمل و المخالفه للعامه لا محیص عن العمل و قطع الأصول بها، بل ربما ظهر من بعضهم تأییدها بدعوی اندراج ذی العلقه الرضاعیه فی اسم الأسماء فتزداد حینئذ النصوص الداله علی المطلوب.

لکن لا یخفی ما فیه إلا أنافی غنیه عنه بما عرفت مما لا یصلح لمعارضته

خبر ابن سنان (۴)عن الصادق علیه السلام «إذا اشتری الرجل أباه أو أخاه فملکه فهو حر إلا ما کان من قبل الرضاع»

و

صحیح الحلبی (۵)عنه أیضا، فی بیع الام من الرضاع؟ «قال:

لا بأس بذلک إذا احتاج».

و

خبر أبی عیینه(۶)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: غلام بینی و بینه رضاع یحل لی بیعه، قال إنما هو مملوک، إن شئت بعته، و إن

شئت أمسكته، و لكن إذا ملك الرجل أبويه فهما حران»

مع أن الأخير منهما ظاهر فى الأخ، و قد عرفت صحه ملكه

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب ما يحرم بالرضاع الحديث- ۴.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨- من أبواب العتق الحديث ٢.

۴- ۴ التهذيب ج ٨ ص ٢۴۵ الحديث ١١٨ الطبع الحديث.

۵- ۵ التهذيب ج ٨ ص ٢۴۵ الحديث ١١٩ الطبع الحديث.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۴.

فی النسب فضلا عن الرضاع، بل الاستدراک فیه ظاهر فی إراده الأبوین من الرضاع فهو شاهد علی المطلوب حینئذ.

و یمکن إراده بیع الام من الرضاع لأبی الغلام من الثانی الـذی قید البیع فیه بالاحتیاج؛ و المعروف بین المخالف عدمه؛ أو یحمل الرضـاع فیه علی غیر المحرم أو نحو ذلـک کالأـول المشـتمل علی ما یخالف الإجماع و باقی النصوص من عـدم حریه الأخ، بل ربمـا احتمـل کون (أو) فیه بمعنی الواو، إلاـ أنه لاـ یخفی علیک بعـده، لکن لا بأس به جمعا بعـد ظهور المرجوحیه فی السـند و العـدد و العمـل، و إن کان الاولی الحمل علی التقیه فیما علیه اتفاق العامه کما قیل، و ربما کان فی صـحیح ابن سـنان (۱)السابق إشـاره إلیه إن لم یحمـل الإنکـار فیه علی اراده الظهور و الوضوح و الله اعلم و کیف کـان فلاـ خلاـف فی ملـک الرجل غیر من عرفت من الذکور، و قد سمعت

قول الصادق علیه السلام فی الصحیح الأول (۲)و فیه أیضا، «و یملک ابن أخیه و عمه و خاله»

ک

قوله فی صحیح عبید(۳)بعد ذکر العمودین و الإناث المحارم، «و یملک ما سوی ذلک من الرجال من ذوی قرابته من الرجال»

و

سأل عبد الرحمن (۴)أبا عبد الله علیه السلام «عن الرجل یتخذ أباه و أمه و أخاه و أخته

عبیدا؟ فقال: أما الأخت فقد عتقت حین یملکها و أما الأخ فیسترقه؛ و أما الأبوان فقد عتقا حین یملکها،»

و

قال أیضا فی خبر کلیب الأسدی (۵): «إذا ملک الأبوین، فقد عتقا، و قد یملک إخوته فیکونون ممالیک و لا ینعتقون».

لکن

فی خبر عبید(۶)«لا یملک الرجل أخاه من النسب و یملک ابن أخیه»

و فی موثق سماعه(۷)«عن الصادق علیه السلام فی رجل یملک ذا رحمه؛ هل یصلح له أن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب العتق الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب العتق الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب العتق الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من أبواب العتق الحدیث ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۷- من أبواب العتق الحديث ۸.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۷- من أبواب العتق الحديث ۶.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۶.

بیعه أو یستعبده قال: لا یصلح بیعه و لا یتخذه عبدا، و هو مولاه و أخوه فی الدین، و أیهما مات ورث صاحبه إلا ان یکون له وارث أقرب منه»

و

سأله أیضا فی موثقه الآخر(۱)عن ذلک «فقال: لا یصلح له أن یبیعه و هو مولاه و أخوه فی

الدین، فإذا مات ورثه دون ولده؛ و لیس له أن یبیعه و لا یستعبده»

و حملها علی الکراهه متجه، و لذا قال: المصنف:

و یکره أن یملک ما عدا هؤلاء من ذوی قرابته، کالأخ و العم و الخال و أولادهم و إن کان فی استفاده تمام ذلک من النصوص السابقه إشکال، إذ حاصله کراهه ما یملکه مختار، و کراهه الإبقاء علی الملک فی القهری و لکن أمر الکراهه سهل، و یکفی فیها الفتوی مع

قوله «لا یملک الرجل أخاه»

و عدم القول بالفصل و الظاهر حمل الفرق فیه بین الأخ و ولده علی الشده و الضعف، کل ذلک مع المنافاه لصله الأرحام و الإخلال بالاحترام فلا ینبغی البیع و لا غیره من النوافل و لا الاستبعاد؛ بل قیل أنه لا ینبغی ذلک فی المحترم شرعا لفضیله علم أو صلاح أو شیخوخه أو علقه بنسب شریف کالهاشمی علی اختلاف مراتبها، و کذا من کان له حق لصداقه أو إحسان أو تأدیب أو تعلیم و نحو ذلک.

و کیف کان ف تملک المرأه کل أحد عدا الإباء و إن علوا و الأولاد و إن نزلوا نسبا بلا خالف أجده فیه نصا و فتوی فی المستثنی، و قد

سأل أبو حمزه الثمالی (۲)الصادق علیه السلام «عن المرأه ما تملک من قرابتها، قال: کل أحد إلا خمسه، أباها و أمها و ابنها و ابنتها و زوجها»

و أما المستثنی منه، فللأصل و العمومات السالمه عن المعارض فلکن فی المقنعه لا یصح استرقاق المرأه أبویها و لا أولادها، و لا أخاه و لا عمها و لا خالها من جهه النسب و تملکهم من جهه الرضاع، و لتمام البحث معه محل آخر.

۱- ۱ الوسائل- الباب ۱۳ من أبواب العتق الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۹ من أبواب العتق الحدیث- ۱.

و فی العمودین و الأولاد لها من الرضاع تردد یظهر وجهه مما عرفت و المنع أشبه و أشهر لما تقدم من أنه یحرم منه ما یحرم بالنسب، و قرابه الشبهه فی المرأه و الرجل بحکم الصحیح، بخلاف قرابه الزنا علی إشکال، أقواه عند الشهیدین ذلک، لان الحکم الشرعی یتبع الشرع لا اللغه؛ و فیه ما لا یخفی، بعد عدم ثبوت الحقیقه الشرعیه فیه، و عدم قرینه علی المراد الشرعی، اللهم إلا أن یقال: باستفاده عدم النسب شرعا بالزنا من غیر المقام، ک قول أمیر المؤمنین علیه السلام فی خطبه(۱)فی النهج التی تعرض فیها لانتفاء زیاد عن أبی سفیان، بل لعل

قول النبی صلی الله علیه و آله (۲)«الولد للفراش و للعاهر الحجر»

دال علیه، بناء، علی کون المراد من الأول أنه لا ولد شرعا إلا للفراش، لا أنه خاص فی التعارض بینه و بین الزنا؛ بل قد یستفاد ذلک من مقامات کثیره، بل کأنه من المعلوم

فی مقامات متفرقه، و حینئذ فثبوت أحکام النسب فیه کحرمه نکاح البنت منه مثلا، للدلیل الخاص و لو الإجماع إن لم تکن الضروره هذا.

و فی الروضه قد یفهم من إطلاق المصنف کغیره الرجل و المرأه، أن الصبی و الصبیه لا یعتق علیهم ذلک لو ملکوه إلی أن یبلغوا. و الاخبار مطلقه فی الرجل و المرأه کذلک، و یعضده أصاله البراءه، و فیه أن ظاهر النصوص و الفتاوی کون ذلک من خطاب الوضع الذی لا یخص المکلف، و قد سمعت ما فی صحیح أبی بصیر(۳)السابق من ظهور کون السبب الملک خصوصا بعد ملاحظه التعلیل فی بعض النسخ بل فی نصوص أم الولد(۴)و انعتاقها من نصیب ولدها، إیماء إلی ذلک أیضا؛ فلا ریب فی أن الأقوی عدم الفرق، بل فی شرح الأستاد الإجماع علی ذلک، أما الخنثی

۱- ۱ النهج الجزء الثالث طبعه مصر ص ۷۶ الکتب ۴۴ من کتاب له علیه السلام الی زیاد.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب میراث ولد الملاعنه و ما أشبهه الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الاستیلاد.

المشكل ففى إلحاقها إذا كانت مالكه بالرجل أو المرأه نظر، من الشك فى الذكوريه التى هى سبب عتق غير العمودين و الأولاد، فيوجب الشك فى عتقهم، و التمسك بأصاله بقاء الملك، و من إمكانها؛ فينعتقون لبنائه على التغليب، و كذا الإشكال لو كان مملوكا، و لعل الأقوى إلحاقها بالأنثى فى الأول، و الذكر فى الثانى، تمسكا بالأصل فيهما، و توقف فى الدروس فى الثانى منهما، و استقرب فى الأول ما ذكرنا ثم لا فرق فى جميع ما ذكرنا بين

الملك القهرى و الاختيارى و لا بين الكل و البعض؛ فيقوم عليه باقيه ان كان مختارا. و الله أعلم.

و إذا ملك أحد الزوجين صاحبه بشراء أو اتهاب أو نحوهما استقر الملك كما هو مقتضى العمومات و لم تستقر الزوجيه المنافيه للملك فلا تجمع معه بل تبطل إجماعا بقسميه، لظهور التفصيل فى قطع الشركه بين الأسباب المسوغه للوطء، بل قيل إنه إجماع فضلا عن ظهور الكتاب و السنه؛ و لعله لاختلاف اللوازم و التوابع لكل من الأسباب، لكن قضيه الاستصحاب بطلان اللاحق و بقاء السابق، و هو كذلك فيما عدا لحوق النكاح للتحليلى فإن الظاهر بطلانه به، لقوته عليه نحو ما نحن فيه من بطلان النكاح بالملك لمثل ذلك؛ و لا يترجح بقاء الزوجيه على ما يقتضى الملك من العمومات و غيرها.

قال أبو جعفر عليه السلام فى صحيح محمد بن قيس (۱)«قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى سريه رجل ولدت لسيدها ثم اعتزل عنها فأنكحها عبده ثم توفى سيدها و أعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه، ثم توفى ولدها فورثت زوجها من ولدها فجاءا مختلفين، يقول الرجل لا أطلقها، و تقول المرأه عبدى لا يجامعنى، فقالت المرأه يا أمير المؤمنين إن سيدى شرانى، فأولدنى ولد اثم اعتزلنى، فأنكحنى من عبده هذا، فلما حضرت سيدى الوفاه فأعتقنى عند موته، و أما زوجى هذا فإنه صار مملوكا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۹- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۳-.

لولدی الذی ولدته من سیدی، و إن ولدی مات فورثته، فهل یصلح له أن یطأنی؟

فقال لها: هل جامعک منذ صار عبدک و أنت طائعه؟ قالت: لا یا أمیر المؤمنین، قال:

لو کنت فعلت لرجمتک اذهبی، فإنه عبدک لیس له علیک سبیل، إن شئت أن تبیعه و إن شئت أن تعتقیه».

و

سمع عبد الله بن سنان (۱)أبا عبد الله فی الصحیح «یقول فی رجل زوج أم- ولد له مملوکا ثم مات الرجل فورثه ابنه، فصار له نصیب من زوج أمه، ثم مات الولد أ ترثه أمه فقال: نعم، قال: فإذا أورثته کیف تصنع و هو زوجها؟ قال: تفارقه و لیس له علیها سبیل و هو عبد»

و قال أیضا

فی موثق إسحاق بن عمار(۲)«فی امرأه لها زوج مملوک فمات مولاه فورثته؟ قال: لیس بینهما نکاح».

و

سأله أیضا سعید بن یسار(۳)«عن امرأه تکون تحت المملوک فتشتریه، هل یبطل نکاحه؟ قال: نعم لانه عبد مملوک لا یقدر علی شی ء»

و هذه النصوص و.

ان کانت خاصه فی إحدی الصورتین إلا أنی لم أجد قائلا بالفصل بینهما.

مضافا إلی ما عرفت و علل مع ذلک؛ بأن بقاء الزوجیه یستلزم اجتماع علتین علی معلول واحد شخصی، و فیه أن علل الشرع معرفات، و بأن اختلاف الأسباب یقتضی اختلاف المسببات، و فیه بعد تسلیم عدم الاختلاف هنا، منع اعتبار ذلک فیها بعد کونها معرفات، و لو فرض أن لکل منها لازما یناقض الأخر، فأقصاه التعارض بین اللوازم بعد الاتفاق علی الحل، فیرجع فیه إلی الترجیح إن کان؛ و إلا فالتخییر، أو غیر ذلک مما یقتضیه الضوابط.

هذا بعد فرض ذلک، و إلا فالمقام لا تناقض بین أحکامه غالبا، فإن عدم القسم للمملوکه مثلا من حیث الملک، لا من حیث الزوجیه و هکذا؛ فالأولی الاستدلال بما عرفت، و الظاهر عدم الفرق فی الحکم المزبور بین ملک الکل و البعض،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۹- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۴.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٩- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ٢.

إذ البضع لا يتبعض، و قد عرفت انقطاع الشركه بالتفصيل؛ كما أنك سمعت ما يستفاد منه حكم ملك البعض من النصوص، بل قيل إنه إجماع.

و كذا لا فرق بين الدائم و المنقطع و التحليل، لاتحاد المدرك، و لو ملك فزال الملك لفسخ بخيار و نحوه، لم يعد النكاح، و الحكم فى المعاطاه و زمن الخيار و قبل القبض يتبع الملك و عدمه، و لا فسخ فى الفضولى قبل الإجازه على القول بالنقل، و لا يمنع عن الوطء، و على الكشف ففى شرح الأستاد يمنع عنه إن كانت الزوجه هى المشتريه و يتوقف العلم بحصول الفسخ من حين العقد عليها.

و فيه أن أصاله عدم حصول الإجازه تكفى فى ذلك، اللهم إلا أن يفرق بين الوطء و غيره، و الموقوف عليه خاصا مالك دون العام، فلا ينفسخ به النكاح على الأقوى، كما صرح به شيخنا فى شرحه، قال: و كذا الحال فى المشترى من مال الزكاه و نحوها مما يملكه الفقراء أو مما يدخل فى ملك المسلمين؛ مع دخول الأخر فى المالكين و هو جيد؛ و لو أريد العقد على الجاريه المفروض كونها من ذلك ابتداء تولاه الحاكم القائم مقام المسلمين، فتأمل جيدا. و الله اعلم.

و لو أسلم العبد الكافر و هو فى ملك مثله فى الكفر أجبر المولى على بيعه من مسلم و لمولاه ثمنه كما تقدم سابقا لعدم السبيل، و

قال الصادق عليه السلام فى المرفوع إلى حماد ابن عيسى (۱)«أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد لذمى قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين، و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه؛ و لا تقروه عنده»

و هو ظاهر فى بيع غيره له، و إن لم يتعذر جبره على البيع و لا بأس به و لتحقيق البحث فى ذلك كله و فروعه مقام آخر، و منها أن بحكم إسلامه إسلام أحد أبويه صغيرا أو أحد أجداده بناء على ثبوت حكم الإسلام له، فينتفى سبيل الكافر عليه، و الله أعلم.

و يحكم برق من أقر على نفسه بالعبوديه إذا كان مكلفا رشيدا غير مشهور بالحريه و لا معلوم الانتساب و لو شرعا إلى ما يستلزمها، بلا خلاف أجده، لعموم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۳- من أبواب العتق الحديث- ۱.

«إقرار العقلاء»(۱)

و ل

صحيح عبد الله بن سلام (۲)قال: «سمعت أبا عبد الله يقول:

كان على بن أبى طالب عليه السلام يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالعبوديه و هو مدرك من عبد أو أمه»

و

فى خبر زكريا بن آدم (۳)«إنى سألت الرضا عليه السلام عن سبى الديلم؟ و يسرق بعضهم من بعض، و يغير المسلمين عليهم بلا إمام، أ يحل شراؤهم؟

قال: إذا أقر بالعبوديه فلا بأس بشرائهم»

إلى غير ذلك.

و خلاف ابن إدريس فى اللقيط خاصه للنصوص السابقه؛ و أصاله الحريه لا تعارض الإقرار الذى هو بمنزله البينه بالنسبه إلى ذلك، بل قد يظهر من المصنف و غيره عدم اعتبار الرشد

فى ذلك، و فيه البحث السابق، و دعوى توقف صحه الإقرار على الحريه حتى لا يكون إقرارا فى حق الغير واضحه الفساد بالنسبه إلى الإقرار على النفس. نعم إنما يمضى الإقرار فى حق المقر، فإقرار المرأه تحت الزوج لا يسمع فى حقه، و كذا إقرار من عقد عقدا لازما أو عمل متبرعا أو أباح شيئا فتلف إلى غير ذلك مما يمضى على تقدير الحريه، إلا إذا كان الغير مصدقا و لو استلزم رفع حد أو تخفيفه أو رفع وجوب نفقه أو نحوها فيما له، لا فيما عليه إلا فى خصوص الحد و شبهه، للشبهه.

و كيف كان ف لا يلتفت إلى رجوعه عن الإقرار السابق الذى لم يذكر له تأويلا محتملا و إن أقام بينه على ما رجع إليه من دعوى الحريه، لأنه كذبها بإقراره السابق فلم يثبت حجيتها فى هذا الحال، أما لو ذكر تأويلا محتملا كان يقول كنت أرى أن رقيه أحد الوالدين تقتضى برقيه الولد، أو لم أعلم بانعتاق أحد أبوى حال الانعقاد، أو نحو ذلك، أمكن قبول البينه، كما صرح به جماعه فى المقام و غيره، لعموم دليل حجيتها، و ارتفاع معارضه الإقرار لها بذكر الاحتمال المزبور الذى به

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب الإقرار الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۹- من أبواب العتق الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۲.

ترجح قبولها عليه كما أنه أرجح منها إذا لم يذكر، و مجرد الاحتمال إن لم يذكر غير مجد على الظاهر مع احتماله، كاحتمال عدم قبول البينه كما هو مقتضى إطلاق المصنف و غيره، و ان ذكر الاحتمال المزبور، لانه مجرد دعوى لا يرتفع بها ظهور تكذيب البينه المسقط لها عن القبول، و المسأله محتاجه إلى التأمل التام، و ربما يأتى لها مزيد تحقيق إنشاء الله تعالى.

و لو كان إقراره لمعين فأنكره وجب عليه إيصال نفسه إليه، بإدخاله فى ماله سرا و بنحو الهديه و غير ذلك، لان الإقرار حجه، وافقه المقر له أولا، على أصح القولين و الوجهين؛ عملا بعموم ما دل على صحه الشامل للصورتين و دعوى اعتبار الموافقه فى مفهومه أو فى حجيته واضحه المنع و لو علم الحاكم بالحال، ففى شرح الأستاد «أخذه قهرا مع تجويز صدقهما و أجرى عليه حكم مجهول المالك، كما كان الإقرار بمبهم، و امتنع عن التصريح» و لعله لما عرفت من حجيه الإقرار؛ فهو به حينئذ صار مالا، و قد امتنع عن المقر له شرعا بإنكاره، فيبقى بلا مالك ظاهرا فيجرى عليه حكم مجهول المالك، و مثله المال المقر به لشخص فأنكره، و فيه مناقشه بعد علم المقر بالمالك و كان تكليفه الدس و نحوه، اللهم إلا أن يدعى أن للحاكم إجراء الحكم ظاهرا و إن كان للمقر إمضاء ما هو مكلف فيه، و قد ذكر المصنف فى باب الإقرار فى نحو ذلك أن للحاكم الانتزاع من يد المقر، و له الإبقاء فلاحظ و تأمل.

و لو رجع المقر له إلى التصديق قوى قبوله إن لم يسنده إلى مالك آخر، لعدم المعارض، و إنكاره السابق غير صالح لمعارضه ما دل على قبول دعوى المسلم التى لا معارض لها، مع احتمال العدم، لأن إنكاره يؤل إلى إقرار فى حقه فلا يسمع؛ و فرق واضح بين المقام؛ و بين إنكار كون المال الذى فى يده مثلا لزيد، ثم الإقرار به الذى لا إشكال فى سماع الإقرار به حينئذ فتأمل.

و لو رجع المقر بعد إنكار المقر له إلى دعوى الحريه أمكن قبولها أيضا، كما صرح به بعضهم لعدم المعارض، و الإقرار السابق إنما يفيد التزامه به بالنسبه إلى المقر له

و مثله لو أقر بالرقيه لغير معين ثم ادعى الحريه، مع احتمال طلب الحاكم اليمين منه، بل قـد يحتمل عدم قبوله مطلقا، لانه قد صار ما لا ينبغى للحاكم إيصاله إلى صاحبه و لو بالصدقه، لكن ضفعه واضح.

و كذا البحث فى المال المقر به لشـخص معين فأنكره؛ ثم ادعاه المقر أو أقر به لشـخص ما، ثم ادعاه، و لعل وجه قبول دعواه فيه أن إقراره إنما هو رفع حكم يده الظاهره فى الملك عنه، فيبقى هو حينئذ كغيره مما إذا ادعى حكم بكونه له؛ لعدم المعارض، لا أن الإقرار أخرجه عن صـلاحيه الـدخول و لو بالـدعوى المسـتأنفه، و إن كان هو كما ترى، مع عدم احتمال تجدد الملك؛ و قد أشبعنا الكلام فى المسأله فى كتاب الإقرار فلاحظ.

و لو رجع المقر له إلى التصـديق بعـد رجوع المقر الى الـدعوى الحريه أو إلى دعوى المملوكيه لشـخص آخر قد صدقه لم يؤثر رجوعه، كما لم يؤثر رجوع المقر بعد رجوع المقر له إلى التصديق للإقرار المفروض استمراره إليه، و لو اقترن رجوع كل منهما، أمكن اعتبـار رجوع المقر دون المقر له فتأمـل جيـدا، و لو فرض تعـدد الإـقرار بالرقيه لشخصـين أمكن العمل بكل منهما لكن لا على وجه الفرديه؛ بـل على معنى أنه إذا اتفق تحريره ممن هو له فى الظـاهر استرقه الآـخر؛ علما بإقراره كما أوضـحنا نظير ذلك فى كتاب الإقرار فلاحظ و تأمل.

و كيف كـان يقبـل إقراره بـالرقيه و و لو كان المقر له كافرا لأنه إخبار عن ملك لا تمليك مبتـدا، فيخبر حينئـذ على بينه لو كان مسـلما كما هو واضـح و كـذا فى الحكم بالرقيه لو اشترى عبدا مثلا صـغيرا أو ساكتا حين الشـراء و التعريض للبيع فادعى الحريه بعد ذلك لأصاله صـحه فعل المسلم لكن هذا يقبل دعواه مع البينه لعدم تكذيبه إياها بالسابق، بل لا فيقبل دعواه بدونها إذا كان معرضا فى الأسواق مشـهورا فى الرقيه أولا صغيرا أو كبيرا مجنونا أو عاقلا ساكتا أو مقرا حملا للتعريض الذى هو فعل مسلم على الصحه، فلا تقبل دعوى الحريه منه و لو كان قبل

الشراء، و عليه يحمل

خبر حمزه بن حمران (۱)«قلت لأبی عبد الله عليه السلام أدخل السوق فأريد أن اشتری الجاريه فتقول: إنی حره؟ فقال: اشترها، إلا أن يكون لها بينه»

أو علی الجاريه المعلوم سبق مملوكيتها إلا تدعی حصول التحرير لها بعد ذلك.

و بالجمله متی كان للمسلم علی آخر يد و تصرف ملك أخذ به حتی تقوم البينه علی خلافه،

و أصاله الحريه لا تعارض يد المسلم و تصرفه؛ لكن فی التذكره «العبد الذی يوجد فی الأسواق يباع و يشتری يجوز شراؤه و إن ادعی الحريه لم يقبل منه ذلك إلا بالبينه، و كذا الجاريه، إلی أن قال، أما لو وجد فی يده و ادعی رقيته و لم يشاهد شراؤه له و لا بيعه إياه، فان صدقه حكم عليه بمقتضی إقراره؛ و إن كذبه لم تقبل دعواه الرقيه إلا بالبينه، عملا بأصاله الحريه، و إن سكت من غير تصديق و لا تكذيب، فالوجه أن حكمه حكم التكذيب إذ قد يكون لأمر غير الرضا، و إن كان صغيرا إشكال؛ أقر به الحريه فيه».

و هو كما تری يقتضی عدم جواز شراء الأطفال من ذوی الأيدی عليهم الذی من المعلوم ضروره خلافه، بل صرح غير واحد أنه لا تقبل دعوی الكبير الحريه مع شهره الرقيه إلا بالبينه، و طن لم تجر عليه أحكام الرقيه من قبل و لا حصل عليه يد ظاهر فی الملك بل فی شرح الأستاد «سواء بلغت الشهره حد الشياع و عدمه علی أصح الوجهين» و إن كان لا يخلوا الأخير من البحث. نعم قد يقال: إن مدعی رقيه الصغير لا تسقط دعوی الصغير الحريه بعد البلوغ، بل الظاهر كون القول قوله؛ حتی يقيم المدعی البينه و إن كان قد أثبت يده و تصرف فيه بتلك الدعوی علی معنی أنه قد علم استنادهما إلی الدعوی المزبوره، إلا أن الاتصاف عدم خلو ذلك عن الإشكال أيضا و الله العالم.

[النظر الثانی فی أحكام الابتياع]

و أما الثانی و هو النظر فی أحكام الابتياع فقد تقدم فی المباحث السابقه جمله منها، كالبحث فيما إذا حدث فی الحيوان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۲.

عیب بعـد العقـد و قبل القبض و قـد قلنا هناک أنه إذا کان ذلک ف المشتری بالخیار بین رده و إمساکه، و فی الأرش تردد عند المصـنف تقـدم وجهه، و الترجیـح فیه و کـذا تقدم البحث فیما لو قبضه ثم تلف أو أحدث فیه حدث فی الثلاثه و قد قلنا هناک أنه إذا کـان ذلـک فهو من مال البائع ما لم یحـدث فیه المشتری حـدثا و کـذا تقـدم البحث فیما و حـدث فیه عیب من غیر جهه المشتری و أنه لم یکن ذلک العیب مانعـا من الرد بأصـل الخیـار، و هل یلزم البائع أرشه؟ فیه تردد عنـد المصـنف، کالتردد فیما تقدم و لکن قال هنا الظاهر لا و (۱۱) أما لو حدث العیب بعد الثلاثه، منع الرد بالعیب السابق (۱۲) کما عرفت الکلام فیه مفصلا فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و إذا بـاع الحامل (۱۳) من الإنسـان أو الحیوان و لم یکن عرف بـالتبعیه فالولـد للبـائع (۱۴) و إن لم یشـترطه علی الأظهر (۱۵) الأشـهر بـل المشـهور، بل ربما ادعی عـدم الخلاف فیه؛ بل فی السـرائر الإجماع علیه، للأصل بعـد عـدم دخول الحمل فی متعلق البیع، إذ دعوی الجزئیه الحقیقه التی هی بعض المبیع واضـحه المنع، سـیما بعـد ثبوت الأحکـام الشـرعیه له مسـتقلا، کـالتحریر و التدبیر و الوصیه و العتق و الإرث و غیرها و

خبر السکونی [(۱)](#)عن جعفر عن أبیه عن آبائه علیهم السلام «فی رجل أعتق أمه و هی حبلی، فاستثنی ما فی بطنها، قال: الأمه حره و ما فی بطنها حر، لأن ما فی بطنها منها»

مع ضعف سنده و إعراض المشهور عنه فی ذلک الباب أیضا معارض بغیره

کالموثق [(۲)](#)«سـألت أبا الحسن الأول علیه السـلام؛ عن امرأه دبرت جاریه لها، فولـدت الجاریه، جاریه نفیسه فلم ترد المرأه حال المولوده هی مـدبره أم غیر مـدبره؛ فقال متی کان الحمل بالمـدبره؟ أقبل ما دبرت، أم بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدری، و لکن أجبنی فیهما جیمعا، فقال: إن کانت المرأه دبرت و بها حبل و لم تـذکر ما فی بطنها، فالجاریه مدبره و الولد رق، و إن کان طنما حدث الحمل بعد التدبیر، فالولد مدبر فی تدبیر أمه»

و

رواه الصدوق مرسلا[(۳)](#)و زاد «لان الحمل إنما حدث بعد التدبیر»

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۹- من أبواب العتق الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب التدبیر الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب التدبیر الحدیث- ۲.

و لو حدث الحمل عند المشترى كان له بلا خلاف أجده هنا، لانه نماء ملكه، بل لو شک فی زمان حدوثه كان له أيضا، و قال بعض مشايخنا: إلا أن يعلم تاريخ الحمل و يجهل تاريخ العقد ففيه إشكال، قلت: منشأه أصاله تأخر المجهول عن المعلوم، و فيها بحث ذكرناه فی محله و

حينئذ يكون كمجهولى التاريخ الذى ينفى الاقتران فيه الأصل، و الظاهر كونه هنا للمشترى؛ لكونه نماء ملكه فی الظاهر، فلا يخرج عنه إلا بالعلم بسبقه على ملک المشترى فتأمل جيدا.

فإنه قد يمنع الظهور المزبور، بعد عدم الدليل عليه، لا من أصل و لا قاعده، فيتجه حينئذ الرجوع إلى القرعه أو القسمه بينهما مع فرض دعوى كل منهما، اللهم إلا أن يكون دليله ما تسمعه أنشأ الله تعالى فيما يأتى من الحكم بالملكيه لما يوجد فى الصندوق مثلا إذا لم يكن عليه يد غيره. و لما يوجد فى داره و نحو ذلک، و إن لم يكن صاحب الدار و الصندوق عالما أنه له، فإنه يمكن أن يقال هنا بعد أن صار ذو النماء ملكا له؛ يملكه لما يوجد من النماء تبعا لأصله؛ ما لم يعلم سبقه، و لو حدث بين العقد و الإجازه، كان للناقل على النقل: لعدم حصول الملک قبلها؛ و نحوه غيره مما حصل قبل تمام شروط الملک، أما على الكشف فهو للآخر، كما هو واضح، و لو حدث بعد العقد، ثم فسخ المشترى ببعض أسباب الخيار كان له كغيره من النماء، و المرجع فی تحقق الحمل العرف؛ و فی شرح الأستاد «أنه يتحقق بالتكون علقه فما بعدها، و فی انعقاد النطفه بحث».

و كيف كان فهو للبائع مع الشرط، أو الإطلاق إلا أن يشترطه المشترى فإنه يكون له بلا خلاف، للأصل و العمومات، بل قد ظهر لک ضعف الخلاف فی الأولين، و إن حكى عن المبسوط و القاضى فی المهذب و الجواهر؛ فقالا- إنه للمشترى مع الإطلاق للجزئيه، بل مقتضاه عدم جواز استثناء البائع له بناء على عدم جواز استثنائه؛ كما تسمعه فی الجلد و الرأس.

بل فی السرائر «عن المبسوط و الجواهر التصريح بأنه لا يجوز له أن يشترط

الحمـل، لانه كعضو من أعضاء الحامل؛ ثم قال: و بينا أن هـذا مـذهب الشافعى، لا اعتقاد شـيخنا أبى جعفر، لانه يـذكر فى كتابه المشار إليه مذهبنا و مذهب غيرنا، فابن البراج ظن أنه اعتقاد شـيخنا أبى جعفر و مذهبه، فقلده و نقله و ضمنه كتابه جواهر الفقه، و إنما قلنا ذلك، لان إجماع أصـحابنا بغير خلاف بينهم منعقـد على أنه بمجرد العقد يكون الحمل للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع؛ و هذا مذهب شـيخنا أبى جعفر فى جميع تصنيفاته و كتبه، عدا ما ذكرناه و اعتذرنا له به من ذكره مذهب المخالف لنا» و هو إن كان جيدا موافقا للمختار، إلا أنه لا يخلو بعض ما ذكره من منع.

و على كـل حـال فـالتحقيق مـا عرفت من عـدم دخوله فى ملك المشترى حتى يشترطه فيثبت له معه حينئـذ؛ بل قيل على حسـب شرطه وحـده، و تعـددا، ذكوره و ضـدها، كما أنه قيل أيضا فى جواز اشتراطه مع جهلهما أو جهل إحداهما بوجوده؛ أو فى سـنه منفصله عن العقد أو جمل سوى الموجود- وجهان، و فيهما معا بحث و إن اقتضاهما عموم(۱)

«المؤمنون عند شروطهم»

و لاـ تقـدح جهاله المشترط بعـد أن لم تكن راجعه إلى الثمن و المثمن، و عـدم الاكتراث فيهما عرفا للتبعيه، بل الظاهر لها جواز الضم على جعـل الحمل بعض المبيع، كان يقول بعتك الـدابه و حملها بكـذا، خلافا للتـذكره فلم يجز لجهاله بعض المبيع، و فيه منع قدحها هنا مع إراده الضم، للسيره المستمره و غيرها، بل فى شرح الأستاد أن القول بجواز بيعه معها بدون قصد الضم قوى.

نعم لو بيع الحمل منفردا فلا بد من اعتبار الشـرائط فى البيع المسـتقل؛ و مثله لو جعل له ثمن مسـتقل فى ذلك العقد، إذ المتيقن من السـيره بيع الحمل مع الحامل بثمن واحـد بقصـد الانضـمام أو بدونه، لا مع قصد عدم الانضـمام؛ و الفرق بين أخذه شـرطا و شطرا فى عموم ظهور العـدم، فـان له الإبقـاء مجانـا و الرد على الأول، و يضاف إليها على الثانى استرداد ما قابل الحمل من الثمن مع الإبقاء، و لو انكشف موته حين العقد، تبعضت الصفقه على الثانى، و على الأول وجهان.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

و لعل قول المصنف و لو اشتراهما فسقط الولد بآفه سماويه مثلا- قبل القبض رجع المشترى بحصه الولد من الثمن يوافق التبعيض، لعدم ذكره الدخول فی غیر صوره الشرط و کیف کان ف

طريق ذلك أن تقوم الأمه مثلا- حاملا و مجهضا لا حائلا و يرجع بنسبه التفاوت من الثمن و لو جنى عليه إعابته أخذ منه أرش يوم الجنايه إن شاء مع اختيار البقاء؛ و لو لوحظ نفس الحمل لا صفه الحامليه اعتبرت قيمته لا تفاوت الصفتين فی وجه؛ و لو اختلفا ففی شرح الأستاذ قدم قول مدعی اعتبار الصفه دون عين الحمل، قال: «و فی الشرطيه و عدمها يقدم قول الثانی و فيها و فی الشرطيه يقدم مدعی الشرطيه، و يحتمل التداعی، و فی اتحاد الحمل و تعدده يقدم قول مدعی الاتحاد فتأمل جيدا و الله أعلم.

و يجوز ابتياع بعض الحيوان الحی مأكول اللحم أو غيره مشاعا إذا كان معينا على وجه يعلم نسبته إلى الجمله كالنصف و الربع و نحوهما بلا- خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى العمومات و غيرها أما المذبوح فقد جزم بعض مشايخنا بعدم جواز بيع البعض المشاع منه، و أولى منه المسلوخ، و هو مبنی على أنه بالذبح يكون موزونا و فيه بحث، و أما بيع جزء معين من الحی كيده و رجله، أو نصفه الذی فيه رأسه، أو الأخر الذی فيه ذنبه، أو نحوهما فغير جائز إجماعا بقسميه على ما فی شرح الأستاد، و ظاهر المختلف و غيره أنه من المسلمات، بل فی الأول «أنه فيما لا يؤكل لحمه أو إذا لم يكن المراد منه اللحم، بل الركوب و الحمل نحوهما من الواضحات التی لا تحتاج إلى شاهد».

و هو جيد، إلا- أنه قد يشكل الفرق بين الأول: أی ما أريد ذبحه للأكل، و بين ما تسمعه من الخلاف فی استثناء؛ الرؤوس و الجلد، بل الصحيح الغنوی (۱)أو حسنه الذی ستعرف عمل الأصحاب به صريح فی بيع الرأس و الجلد، و احتمال اختصاصهما بالحكم المزبور بيعا أو استثناء؛ مناف لتصريح البعض بعدم الفرق بينهما و بين غيرهما فی حكم الاستثناء، و لما تعرفه من الاتحاد فی المدرك، و الجهاله الناشئه من عدم تعيين موضع القطع كالتشاجر إذا اختلفا فی إراده بقاء الحيوان و ذبحه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۱.

المترتب علی کل منهما تعطیل مال شخص و ضرر الأخر- مشترک بین الجمیع.

فالعمده فی الفرق حینئذ لیس إلا الإجماع إن تم، و فی التحریر «إن فی استثناء الشحم إشکالا» ثم جزم بالبطلان فی التذکره «فی الحی و المذبوح» و أما بیع مقدار معین منه بالوزن، فلا ریب فی بطلانه مع الجهاله للاختلاف؛ بل ظاهر شرح الأستاد أن الإجماع بقسمیه علیه، و لعله کذلک، اللهم الا أن یدعی انسحاب خلاف سلار فی جواز استثناء ذلک إلیه قال کما فی المختلف: «و کل شرط شرطه البائع علی المبتاع من رأس ذبیحه یبیعها وحدها أو بعضها بالوزن جائز» و لا ریب فی ضعفه.

و کیف کان ف لو باع و استثنی البائع لمأکول اللحم کما فی التحریر و ظاهر النهایه، أو ما تقع علیه التذکیه کما فی حواشی الشهید، و علی کل حال فظاهرهم أن محل الخلاف فی ذلک،

و لعل الأول أوفق بخبری الباب، و إن أمکن بالتنقیح التعدیه إلی ما تقع علیه التذکیه، فلو کان الاستثناء من غیرهما بطل، بل الظاهر أن محل النزاع فی صحه الاستثناء من الحیوان المراد ذبحه، فلیس له الاستثناء من الحیوان المراد بقاؤه، لما عرفت سابقا؛ و لانه لم یعهد ملکیه الحیوان المزبور کذلک.

أما إذا کان مأکول اللحم و أرید ذبحه فباعه و استثنی الرأس و الجلد أو- أحدهما صح.

و لکن یکون شریکا مع المشتری فی الحیوان بقدر قیمه ثنیاه علی روایه السکونی(۱)

عن الصادق علیه السلام «قال: اختصم إلی أمیر المؤمنین علیه السلام رجلان اشتری أحدهما من الأخر بعیر أو استثنی البیع الرأس و الجلد ثم بدا للمشتری أن یبیعه؟ فقال: للمشتری هو شریکک فی البعیر علی قدر الرأس و الجلد»

و

ما رواه الصدوق (۲)فی المحکی العیون بسنده إلی الرضا عن آبائه عن الحسین بن علی- علیهم السلام «أنه قال: اختصم إلی علی علیه السلام رجلان أحدهما باع الأخر بعیرا فاستثنی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۳.

الرأس و الجلد، ثم بدا له أن ينحره، قال: هو شريكك فی البعير علی قدر الرأس و الجلد»

بناء علی أن المراد البدایه له فی أن لا ینحره؛ بقرینه الخبر السابق و بهما أفتی فی النهایه و الإرشاد، و محکی الخلاف و المبسوط و القاضـی، و تعجب منه الشـهید فی حواشـیه حیث أنه منع من بیع الحامل مسـتثنی حملها، لانه کالجزء؛ و جوز اسـتثناء الرأس و الجلد، مع أنه جزء حقیقه.

و فیه أنه یمکن دعـوی خصوصـیتهما للنص الـذی یصـلح فارقـا بین المقـامین، و منه اتجه الحکم بالشـرکه المزبوره، و إلاـ کـان المتجه علی تقدیر الصـحه اعتبار خصوص ما استثناه، و لذا أنکر غیر واحد علی الشیخ بأن ما اختاره مناف لتبعیه العقد للقصد فی حق کلا المتعاقدین، و قاعده تسلط الناس علی أموالهم (۱)و أنه

لا یحل مال امرء مسلم إلا بطیب نفسه(۲)

و توقف الأکل حلالا علی التجاره بالتراض (۳)و دعوی أن المراد من الاستثناء المزبور الشرکه المذکوره أوضح فسادا کل ذا مع عـدم الجـابر للخـبرین بـل الشـهره بسـیطه أو مرکبه علی خلافهمـا، قلت: لکن لاـ یخفی أنه لاـ یسع الفقیه المنتقـد طرح الخبرین المزبورین المعمول بهما فی الجمله، المؤیدین بما تسمعه من صحیح الشرکه الآتی (۴)ذالمخالفین للعامه.

نعم تحقیق الحال هو أن الحاصل من التأمل فی أخبار المقام صـحه الاستثناء بل البیع للرأس و الجلد من الحیوان المشتری للذبح، لأنه حینئذ بمنزله شرائهما منفصلین فإن حصل

الذبـح کان للبائع ما اسـتثناه، و إن بـدا لهما أو للمشتری خاصه بیعه مثلا و عدم الذبح فلیس إلا الشـرکه فی الحیوان بمقدار قیمه الرأس و الجلـد، ضـروره أنهمـا بالاسـتثناء المزبور علی الفرض المـذکور ملک للبائع، فبیع الحیوان جمله بیع لمملوکین لمالکین بثمن واحد إلا ان زیاده القیمه الحاصله للحیوان بالبقاء تلحقها

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحدیث.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب مکان المصلی الحدیث- ۱- ۳.

۳- ۳ سوره النساء الآیه- ۲۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۱.

أيضا لتوقف حياه الحيوان أو بقائه عليهما، فما حصل من الاجتماع ملك لهما، و هذا هو المراد بالشركه في الحيوان بمقدار قيمه الرأس و الجلد و حينئذ فلا مخالفه للقواعد فى هذه الشركه، و لا يتجه الرد على مضمون النصوص، بأنه مخالف لقاعده تبعيه العقد للقصد إذا لم تكن الشركه مقصوده لكل من المتعاقدين، ضروره انك قد عرفت كون المراد بالشركه ما سمعت الذى لا يرد عليه نحو ذلك، و يؤيده أيضا فى الجمله ما قيل أيضا من أن تعذر أخذ العين يوجب الشركه بحسب القيمه إذ

«لا يسقط الميسور بالمعسور»(۱)

و

«ما لا يدرك كله لا يترك كله»(۲)

و «إذا أمرتكم»(۳)

و لعله إلى ذلك كله أو بعضه أومئ فى الدروس بقوله: «و لو استثنى الرأس و الجلد فالمروى الصحه، فإن ذبحه فذاك و إلا كان البائع شريكا بنسبه القيمه،» إذ مرجعه بعد التأمل إلى ما ذكرنا، كما ان قوله أيضا «و لو شرط ذبحه فالأقرب جواز الشرط إذا كان مما يقصد بالذبح، فان امتنع فالأقرب تخير البائع بين الفسخ و بين الشركه بالقيمه» منطبق عليه أيضا إذ الفسخ لعدم الشرط، و الشركه لما عرفت، فإن أراد من أفتى بمضمون النصوص ما ذكرناه، فذاك، و إلا كان فى غايه الإشكال؛ ضروره عدم ظهور النصوص فى أن الاستثناء المزبور يوجب الشركه المذكوره فى الحيوان على كل حال، سواء ذبح أولا، بل لو سلم ظهورها فى ذلك لم يكن ليجبر بها على هذا الحكم المخالف للقواعد العظيمه أى مخالفه، بل لا نظير له فى الشريعه كما هو واضح.

و أما القول بالصحه كما عن المرتضى و الإسكافى و التقى و الحلى، بل نسبه بعض إلى جميع من المتقدمين و المتأخرين؛ بل فى الانتصار أنه مما انعقد عليه إجماع الإماميه، فإن أريد بها على الوجه الذى ذكرنا فمرحبا بالوفاق، و إن أريد بها مطلقا أى سواء كان القصد ذبح الحيوان أولا، و سواء ذبح أولا، فهو فى غايه الإشكال، بل يمكن دعوى ضروره الشرع على خلافه فيها هو أوسع دائره من العقود المملكه كالصلح

۱- ۱ غوالى اللئالى عن أمير المؤمنين عليه السلام.

۲- ۲ غوالى اللئالى عن أمير المؤمنين عليه السلام.

۳- ۳ سنن البيهقى ج- ۱ ص ۲۱۵.

و الوصیه، فضلا عن البیع، و الاستناد إلی الأصل- المستفاد من العموم فی جنس العقود و أنواعها، و اندفاع الغرر بتمیز الثنیا و معرفه الحدود- کما تری؛ خصوصا مع وضوح رجوع هذا الاستثناء إلی بیع الأجزاء المعینه من الحیوان الذی قد ادعی الإجماع علی بطلانه، بل یمکن تحصیله فی الحیوان الذی لم یقصد به الذبح بل کان المقصود منه البقاء للرکوب و نحوه.

و أما القول بالتفصیل بین المذبوح و غیره کما فی القواعد، فیصح الاستثناء فی الأول دون الثانی، فهو متحد مع ما قلناه فی الأول، و ما فی شرح الأستاد من إشکاله- بعدم ارتفاع الغرر بالذبح حتی بعد إتمام السلخ قبل الوزن مع اتصالهما و انفصالهما، أو فصل أحدهما- یدفعه ما عرفت سابقا من منع اعتبار الوزنیه فی المذبوح قبل السلخ، بل یمکن منعه أیضا فی المسلوخ قبل التفریق کما جرت به السیره فی زماننا، علی أن المانع حینئذ علی هذا التقدیر الجهاله التی یمکن الاحتیال فی رفعها، لا کون المستثنی جزء معینا کما هو واضح، و أما منعه فی غیر المذبوح فهو متجه فی الذی لم یرد ذبحه.

و أما ما أرید ذبحه، فهو علی مقتضی الأصل و العمومات و خصوص الروایات و محکی الإجماع و غیره، و من هنا جزم بالصحه فیهما ثانی الشهیدین، بل و الفاضل فی المختلف، الا أنه ینبغی اعتبار ما سمعت فیما لو عدل من إراده الذبح و أرید البیع مثلا، کما عرفته مفصلا.

و أما ما حکاه فی التنقیح- عن بعض فضلاء المتأخرین «من أنه إن کان المستثنی الجلد أو ما منه الجلد فهو باطل لجهاله، لان الجلد یتفاوت ثمنه بتفاوته فی الثخن و الرقه، لکن لا یبطل البیع لأن جهاله المستثنی فی هذه الصوره لا یستلزم جهاله المبیع، فیکون البائع شریکا بنسبه قیمه المستثنی کما دلت علیه الروایه؛ و إن کان المستثنی هو الرأس و القوائم فهو صحیح، لانه استثناء معلوم من معلوم، و الضرر فی ذلک معارض باستثناء الجزء المشاع، فإنه جائز اتفاقا، مع أن الضرر المدعی حاصل فیه»- فهو

من غرائب الكلام، و كالاجتهاد فى مقابل النص، بل اجتهاد من غير وجه؛ وجيه، و من الغريب حكمه بجهاله المستثنى لجهاله قيمته مع حكمه بالشركه بمقدارها و قياسه الجزء المشاع على المعين.

و من هنا احتمل بعض مشايخنا عكس ما ذكره، فأبطل استثناء الرأس لجهاله حده فلا يؤل إلى علم بخلاف الجلد، و التحقيق خلافهما معا كغيرهما من الاحتمالات المذكوره فى المقام، منها- الجمود على مدلول الروايتين، اقتصارا على المتيقن فيما خالف الأصل، و منها- تخصيص المنع بالمذبوح لدخوله تحت الموزون الذى لا يدفع غرر جهالته وزنه مع الجلد و الرأس، و منها الاقتصار فى المنع على المسلوخ مع بقاء الرأس، و مع عدمه بشرط عدم الوزن، لدخوله تحت الموزون، و منها- قصر المنع على ما لا يؤكل لحمه، إذ الجميع كما ترى، بل قيل أن مرجع الأخير منها على الظاهر إلى القول بالجواز المطلق، لأنه إنما يعقل فى المأكول.

قلت قد عرفت فى أول البحث أن النزاع فيما يقبل التذكيه، بل يظهر من بعضهم ذلك فى المأكول منه خاصه بل قد يقال أن محل النزاع فى الذى أريد ذبحه للأكل منه و إن أطلق الأصحاب، و تحقيق الحال ما عرفت، و الله أعلم.

بل يزيد ذلك تأكيدا ما ذكره المصنف و غيره من قوله و كذا لو اشترك اثنان أو جماعه حيوانا و شرط أحدهما لنفسه الرأس و الجلد، كان شريكا بنسبه ماله

لصحيح الغنوى (۱)عن الصادق عليه السلام «فى رجل شهد بعيرا مريضا و هو يباع، فاشتراه رجل بعشره دراهم، و أشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس و الجلد، فقضى أن البعير برى ء، فبلغ ثمنه ثمانيه دنانير قال: فقال: لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ، فان قال: أريد الرأس و الجلد، فليس له ذلك، هذا الضرار، و قد أعطى حقه إذا أعطى الخمس»

و قد أفتى بمضمونه من أبطل الاستثناء المزبور فى المسأله السابقه كالفاضل و غيره.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

و أشكله بذلك فى جامع المقاصد و قال: «لا جواب له إلا بأحد أمرين، إما أن يكون الحكم فى مسأله الشريك مجمعا عليه، فعمله بالإجماع فى موضعه، أو أن روايه هارون صحيحه بخلاف روايه السكونى، و الذى يقتضيه النظر البطلان

مطلقا إن لم يلزم من ذلك مخالفه الإجماع» و فى الرياض بعد ان ذكر الصحيح المذكور قال:

«و يأتى فيه ما مر مع ظهوره كما سبق فيما يقصد ذبحه لا مطلقا، فلا وجه للتعميم على تقدير العمل بهما بعد القول بالفصل بين مورده، فالجواز و غيره فالمنع كما مضى؛ إلا أنى لم أقف على مخالف هنا عدا شيخنا الشهيد الثانى و لعله وجه الفرق بينهما فى العباره و غيرها من التردد فى الأول و الجزم بالحكم هنا و هو حسن إن تم، و إلا فمجرد صحه السند على تقديرها غير كاف فى الخروج عن مقتضى القواعد المتقدمه مع إمكان تأويلها إلى ما يلائمها».

قلت: لا يخفى عدم الفرق فى الحكم بين مورد الصحيح و غيره، بل مورد الأول بيع الرأس و الجلد فضلا عن استثنائهما؛ و لكن المراد من الجميع ما ذكرناه سابقا من الحيوان المقصود بالذبح للأكل كما اعترف به هنا الفاضل المزبور فيصح استثناؤهما، و ما تضمنه الصحيح المزبور من بيعهما على الوجه المذكور؛ و أنه ينتقل إلى الشركه على حسب قيمه الرأس و الجلد، و لا ينافيه ملاحظه الثمن فى الصحيح المزبور فإنه يمكن رجوعها إليه كما هو واضح.

فقد ظهر أن الصحيح المزبور المفتى به من الجماعه حتى احتمل أنه إجماع؛ بل لعله الظاهر مؤيد لما ذكرناه سابقا، كما أنه ظهر أن عبارات الأصحاب ليست منطبقه على المراد من الصحيح المذكور الذى هو المستند لها على الظاهر، و تحقيق الحال

ما عرفت؛ و المراد بالمال فى المتن و غيره قيمه الرأس و الجلد كما هو صريح التحرير و الإرشاد و غيرهما لا ـ الثمن كائنا ما كانعلى أن يكون المراد لغو الشرط و الرجوع إلى الشركه بمقدار الثمن، ضروره عدم استفاده ذلك من الصحيح و عدم انطباقه على ما تقدم من اقتضاء فساد الشرط فساد العقد المشترط فيه.

و ما فى الدروس هنا «من أنه لو اشتركوا فى الحيوان بالاجزاء المعينه لغى الشرط، و كان بينهم على نسبه الثمن» غير ما فرضه الأصحاب من المسأله التى مستندها الصحيح المزبور، و يمكن أن يكون مراده من الشرط التواطى فى غير العقد على وجه لا يلتزم به شرعا مع كون الشراء على جهه الشركه بسبب مزج الثمن و نحوه، و لعله اليه يرجع ما فى حواشيه على قوله فى القواعد و لو اشتركا فى الشراء و اشترط أحدهما الرأس و الجلد لم يصح، و كان له مقدار ماله» قال: «أى تصح الشركه و يبطل الشرط، و إن كان فى بيع بطل، لتوقف العقد على الشرط الفاسد» هذا.

و لكن فى النهايه التى هى متون أخبار قال: «و إذا اشتركا نفسان فى شراء إبل أو بقر أو غنم، و وزنا المال، و قال أحدهما أن لى الرأس و الجلد بمالى من الثمن كان ذلك باطلا، و يقسم ما اشترياه على أصل المال بالسويه» و ظاهره أن المراد بالصحيح ذلك و فيه- مضافا إلى ما عرفت و الى أنه خلاف فهم الأصحاب- أن الصحيح خال عن ذكر الاشتراط، و إنما هو ظاهر فى شراء الرأس و الجلد من البائع و شراء الأخر ما عداهما، أو أن المشترى باع الرأس و الجلد من الأخر الذى أراد شركته؛ اللهم إلا أن يدعى أن المراد منه أنهما اشتركا فى الدراهم المجعوله ثمنا للبعيد على أن يكون الرأس و الجلد لواحد منهما عوض حصته فى الثمن، لكنه كما ترى.

و الحاصل أن عبارات جمله من الأصحاب غير منطبقه على ما فى الصحيح، إذا الاشتراط المذكور فيها إما أن يكون على البائع، و مرجعه حينئذ إلى شراء أحدهما مستثنى منه نصفهما و شراء الأخر، النصف الأخر مع تمامها؛ و يكون حينئذ شبه شراء الكل مع استثنائهما، و إما أن يكون الشراء لأحدهما ثم باع النصف الأخر

مستثنيا منه الرأس و الجلد، فيكون من قبيل استثناء الكل منهما فى بيع الكل، أو بالعكس بأن يشترطهما للمشترى فيكون من بيع الأعضاء، لأنه باعه النصف المشتمل على تمام الرأس و الجلد.

و على كل حال هو خلاف ظاهر الصحيح، على أن مقتضى ما ذكره الفاضل و غيره من بطلان الشرط بطلان العقد، بل لو بنى على القول بعدم التلازم بينهما لا وجه للشركه المزبوره، و دعوى- أنه لما امتنع تنزيله على الصحه مع البقاء على ظاهره نزل على الإشاعه، و يكون الصحيح مستندا لذلك- واضحه الفساد، لاقتضاء مخالفه الأصول الشرعيه و القواعد المرعيه بالغا ظاهر العقد، و عد متبعيته للقصد، و حصول الضرر التام غالبا إما على البائع أو المشترى.

بل لا يبعد أن يكون العمل بالروايه على هذا الوجه تهجما على الشرع، و خروجا عن مذاق الفقه، فلا محيص عن تنزيلها على ما ذكرنا، بل هو الظاهر منها عند التأمل، و المناقشه فيها- باحتمال إراده الاشتراك بنسبه الدرهمين ثم طلب منه الرأس و الجلد، أو إنما اشترك لأجل الرأس و الجلد، معللا لا مشترطا كما عساه يومى إليه قوله، «و قد أعطى حقه» إلى آخره أو أنه سبق الوعد بإعطائه و مطالبته من جهته، لا من جهه الاستحقاق و نحو ذلك- كما ترى، و كل ذلك ناش عن عدم الوصول إلى ما ذكرنا ببركه الله و محمد و أهل بيته صلى الله عليه و آله و سلم نعم الاتصاف أن الأصحاب لم يحسنوا التأديه بمضمون الخبر و أحسن ما وقفت عليه من كلماتهم فى أصل المسأله ما سمعته من الدروس و الله أعلم.

و لو قال شخص لآخر اشتر حيوانا مثلا بشركتى صح و يثبت البيع لهما، و على كل واحد منهما نصف الثمن بلا خلاف و لا إشكال لأنه توكيل فى شراء النصف المنساق من لفظ الشركه؛ إلا إذا أراد الأقل أو الأكثر، فإنه يتبع حينئذ مع التصريح؛ و لو تنازعا فى القدر ففى الدروس أنه إن كان فى الإراده حلف الآمر و إن كان فى نيه الوكيل حلف الوكيل إن نقص عما يدعيه الموكل، و إن زعم الموكل

أنه اشترى له الثلث فقال: النصف، احتمل ذلك، لأنه أعرف، و تقديم الموكل، لان الوكيل يدعى زياده، و الأصل عدمها، و فيه مع كون الواقع من الأمر العباره المزبوره ما لا يخفى، بل فيه منافاه لقاعده تصديق الوكيل، كما هو واضح.

و لو أذن أحدهما لصاحبه أن ينقد عنه ما عليه من الثمن صح قطعا و تلف الحيوان الذى اشترى على وجه المزبور كان بينهما لما عرفت من كونه مشتركا بينهما و كان له الرجوع على الآمر بما نقد عنه باذنه الظاهر فى إراده الدقع عنه، و الرجوع به عليه، فهو كالوكيل عنه فى القرض، و احتمال أن الأمر بالدفع عنه أعم من ذلك واضح الفساد؛ إنما البحث فى الدفع عنه بمجرد الأمر بالشراء على الشركه، و الأقوى عدم الرجوع إلا لم يكن قرينه تقتضى الدفع عنه، كالشراء من مكان بعيد، لا يدفع المبيع حتى يدفع الثمن، و ظاهر ابن إدريس أن قضيه الأمر الاذن فى النقد، و إلا لم تتحقق الشركه، و فيه منع ظاهر، و إن أطال فيه فى المختلف.

نعم قد يشهد له

موثق إسحاق (۱)«قلت لأبى إبراهيم عليه السلام الرجل يدل الرجل على السلعه، فيقول: اشترها و لى نصفها، فيشتريها الرجل، و ينقد من ماله، قال: له نصف الربح، قلت: فان وضع يلحقه من الوضيعه شى ء؟ قال: نعم عليه من الوضيعه كما أخذ من الربح»

لكن مع أنه لم يذكر فيه الرجوع عليه بما نقد؛ يمكن وجود قرائن حاليه تدل على الاذن بالنقد عنه فتأمل جيدا.

و لو قال له: اشتر حيوانا مثلا بالشركه و الربح لنا جميعا و لا خسران عليك لو خسر ف فيه تردد ينشأ من عموم

«المؤمنون»(۲)

و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ »(۳)و

صحيح رفاعه(۴)«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل شارك آخر فى جاريه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

۳- ۳ سوره النساء الآيه ۲۹.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۱-.

له، و قـال: إن ربحنـا فيهـا فلـك نصف الربـح و إن كـانت وضـيعه فليس عليك شـی ء؟ فقال: لا أری بهـذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه»

و

خبر أبی الربيع (۱)عن الصادق عليه السلام «فی رجل شارک رجلا آخر فی جاريه له فقال له:

إن ربحت فلک نصفه، و إن وضعت فليس عليک شی ء فقال: لا بأس بذلک إذا کانت الجاريه للقائل».

و إلی ذلـک أشـار المصـنف بقوله و المروی الجواز و ظاهره الميل اليه؛ بل إليه ذهب جماعه کالشـيخ و الفاضل فی المختلف و الشـهيد فی الـدروس، و من أنه مخـالف لمـا دل علی تبعيه و الخسـران لرأس المـال فيکون مخالفـا للسـنه التی بمخالفتهـا يکون مخالفا للکتاب أيضا، و به جزم الحلی فی السـرائر، قال بعد أن حکی ذلک عن الشـيخ «أنه غير واضح و لا مسـتقيم، لانه مخالف لأصول المذهب؛ لان الخسـران علی رؤس الأحوال بغير خلاف، فإذا اشترطه أحدهما علی الأخر کان مخالفا للکتاب و السـنه؟ و رده فی الـدروس بأنه لا نسـلم لزوم تبعيه المال لمطلق الشـرکه، بل للشـرکه المطلقه، و من هنا قال: إن الأقرب تعدی الحکم إلی غير الجاريه، بـل للشـرکه المطلقه و من هنـا قـال: إن الأـقرب تعـدی الحکم إلی غير الجـاريه من المبيعـات، ضـروره عـدم کون المستند خصوص الخبرين، بل هما مؤکدان لمقتضی العموم.

و فيه- مضافا إلی ما فی التنقيح من الإجماع علی عدم أراد الحکم فی غير هذه الصوره- منع شمول العمومات لمثل ذلک، الذی لم يعلم شـرعيته نفسه، کی يکون الشـرط ملزمـا له، و أمـا الخبران فغير صـريحين فی المطلوب، مع أن موردهما الجاريه، و کون المشارک هو المالک، و احتمال الصـحيح منهما طيب النفس بعـد ظهور الخسـران من باب الإحسان، و لـذا قال فی التنقيـح: «إنا نقول بموجب الأول منهما» إذ معناه أنه إذا شرط عدم الخسران عليه جاز له أن يفی بقوله، و هو صحيح، إذ

«الناس مسلطون علی أموالهم»

فإذا ترک ماله فلا حرج عليه، و أما لزوم الشرط

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۲.

فلا دلاله للروايه عليه، و لذلک أردف نفى الباس بقوله «إذا طاب نفس صاحب الجاريه» و لعل

قوله عليه السلام فى ذيل الخبر الآخر «إذا كانت الجاريه للقائل»

مشعر بنحو ذلک.

و يقوى فى النفس أن ذلک كانت مقاوله بين المالک و غيره؛ ليساعده على البيع، أو نحو ذلک، لا أنها شركه حقيقه، و بالجمله هما غير صالحين لإثبات الحكم المزبور؛ مع فرض مخالفته، و عدم اقتضاء العمومات صحته، كما هو الأقوى، وفاقا لجماعه منهم الفاضل فى القواعد و غيره فى بطلان العقد الذى وقع عليه هذا الشرط فى ضمنه، كما لو باع أحدهما صاحبه بهذا الشرط البحث السابق.

و تسمع إنشاء الله فى كتاب الصلح البحث فيما لو صلاح أحد الشريكين الأخر على أن يكون له رأس ماله، و البقى لشريكه زاد أو نقص، و فى كتاب الشركه البحث فى شرط التفاوت فى الربح فى عقد الشركه مع تساوى المالين، و التساوى فيه مع تفاوت المالين، مع زياده العمل من أحدهما و بدونه؛ فلاحظ، فإن له دخلا فى المقام، و منه يعلم التنافى بين ما فى الدروس فى المقامين.

و كيف كان ف يجوز النظر من دون إذن المولى إلى وجه المملوكه و محاسنها التى هى محال الزينه منها كالكفين و الرجلين و نحوهما إذا أراد شراءها لنفسه أو لغيره بلا خلاف أجده فيه، بل فى المسالک فى باب النكاح أن جواز النظر إلى الوجه و الكفين و المحاسن و الشعر موضع وفاق؛ و إن لم يكن بإذن المولى صريحا، لأن عرضها للبيع قرينه الإذن فى ذلک، و لأن

أبا بصير(۱)«سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها؟ فقال: لا بأس أن ينظر إلى محاسنها و يمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغى له النظر إليه»

و قال له أيضا

حبيب بن المعلى الخثعمى (۲)«إنى اعترضت جوارى المدينه فأمذيت؛ فقال: أما لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أما من لا يريد أن يشترى فإنى أكره»

و قال هو أيضا لعمران

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۲.

به حارث الجعفری (۱)«لا أحب للرجل أن يقلب جاريه إلا جاريه يريد شراءها».

و فی

المروی عن قرب الاسناد(۲)«مسند إلی جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام أنه کان إذا أراد أن یشتری الجاریه یکشف عن ساقیها فینظر إلیها»

بل قد یستفاد من هذه النصوص ما فی تذکره الفاضل من جواز النظر إلی ما دون العوره، و ما إلیه فی الحدائق و إن استبعده کثیر ممن تأخر عنه، و تردد فیه فی الدروس، بل و فی العوره ثم استقرب مراعاه التحلیل من المولی، بل قد یستفاد من خبر حبیب جوازه مع التلذذ، بل قد یدعی لزومه للإباحه غالبا إذا کانت المنظوره من الجوار الحسان.

لکن صرح فی السرائر و غیرها بالحرمه حینئذ، و مقتضی إطلاق النص و الفتوی عدم الفرق فی جواز النظر بین المزوجه و غیرها، و فی إلحاق نظر المرأه إلی المملوک إذا أرادت شراؤه بالرجل المرید شراء الأمه وجه قوی، خصوصا مع ملاحظه

ما ورد فی باب النکاح فی التعلیل جواز النظر لشعر الامرأه التی یرید تزویجها(۳)«بأنه إنما یرید أن یشتریها بأغلی الثمن»

و

فی آخر(۴)«تعلیل النظر إلی المحاسن بأنه مستام»

الظاهر فی أن الوجه فی النظر رفع الغرر و الضرر الناشئ من عدم الرؤیه هذا.

و الأحوط الاقتصار فی جواز النظر علی إراده الشراء لا أن المراد النظر أولا، ثم الشراء هذا و قد سمعت اشتمال بعض النصوص السابقه علی جواز اللمس، و استحسنه فی نکاح المسالک مع توقف الغرض علیه، و لا ریب أن ترکه أحوط؛ ثم إن الحکم مختص بالمشتری، فلا یجوز للأمه النظر إلیه زیاده علی ما یجوز للأجنبی، و فی نکاح المسالک بخلاف الزوجه، و الفرق أن فی الشراء لا اختیار لها؛ بخلاف التزویج.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۴.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳۶- من أبواب مقدمات النکاح و آدابه الحدیث ۱ و ۷.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳۶- من أبواب مقدمات النکاح و آدابه الحدیث ۸ و ۱۲.

و يستحب لمن اشترى مملوكا أن يغير اسمه عند الشراء

قال: زراره(۱)«كنت جالسا عند أبى عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل و معه ابن له فقال: أبو عبد الله عليه السلام ما تجاره ابنك؟ فقال التنجس فقال: له أبو عبد الله عليه السلام لا تشتر شيئا و لا عيبا فإذا اشتريت رأسا فلا ترين ثمنه فى كفه الميزان؛ فما من رأس يرى ثمنه فى كفه الميزان فأفلح فاذا اشتريت رأسا فغير اسمه و أطعمه شيئا حلوا إذا ملكته؛ و تصدق عنه بأربعه دراهم».

و منه يعلم استحباب أن يطعمه شيئا من الحلاوه و أن يتصدق عنه بشى ء و ان لم يكن المقدار المعلوم، لظهور عدم اراده الاشتراط فيه، و فى الدروس أن الأقرب استحباب تغيير الاسم فى الملك الحادث، قال: «و روى «كراهه التسميه بمبارك و ميمون و شبهه» و فى شرح الأستاد استحباب الثلاثه فى كل تملك؛ و

اختيار الأسماء الشريفه كعبد الله و عبد النبى و عبد على، و بما يسمى به عبيدهم كقنبر و بلا و فضه و نحوها، و أما التسميه بأسماء الأنبياء و الأئمه فالأولى تركه، لخوف إهانه الاسم باستخدامه، و الأمر سهل.

و يكره وطئ من ولدت من الزنا من الأبوين، و أحدهما فى وجه بالملك و العقد و لو تحليلا على الأظهر للفضاضه و فوات النجابه و لخوف العار و للنصوص ک

حسنه الحلبى (۲)عن الصادق عليه السلام «قال: سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا هل عليه جناح أن يطأها قال: لا و إن تنزه عن ذلك فهو أحب إلى»

و هى و غيرها الحجه على ابن إدريس المحرم ذلك بناء منه على كفر ولد الزنا، و تحريم الكافره، و فى المقدمتين منع؛ و فى الدروس أن العقد أشد كراهيه من الملك، و فى شرح الأستاذ إنه تشتد الكراهه بطلب النسل، لترتب معظم الفساد عليه، قلت:

و لعله لذا قال فى القواعد إنه إن فعل فلا يطلب الولد منها، أى إن وطئ غير مبال بالكراهه فلا يطلب النسل منها بأن يترك الإمناء أو يعزل أو يطأ فى غير القبل أو اليائس

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۰- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۳.

أو الصغير أو نحو ذلک».

و فی الدروس أیضا «و یکره الحج و التزویج من ثمن الزانیه» و عن أبی خدیجه لا یطلب ولد من امرأه أمهرت ما لا حراما أو اشتریت به إلی سبعه آباء، و الأمر فی ذلک کله سهل و قد ظهر لک من خبر زراره السابق کراهه أن یری المملوک ثمنه فی کفه المیزان و

فی خبر قیس (۱)«عن الصادق علیه السلام من نظر إلی ثمنه و هو یوزن لم یفلح»

و ربما قیل بهما مطلقا و لو لم یکن فی المیزان حملا للنص علی المتعارف من وضع الثمن فی کفه المیزان عند الشراء، و فی الریاض أنه حسن لو قام دلیل علی الکراهه مطلقا و هو غیر واضح؛ قلت: قد یقال یکفی فیها خروج القید عن اراده التقیید نعم فی تعدیه الحکم إلی مطلق العوض و الی اللمس اشکال سیما الأخیر و الأمر سهل و الله العالم.

[النظر الثالث فی لواحق هذا الباب و هی مسائل]

اشاره

(الثالث: فی لواحق هذا الباب) (و هی مسائل)

[المسأله الأولی العبد لا یملک]

الأولی الأمه و العبد قنا أو مدبرا أو أم ولد إلی غیر ذلک من أحواله التی لا تخرجه عن الرقیه عدا المکاتب الذی ستسمع الکلام فیه محله، و ظاهرهم هناک الملک کما ستعرف إنشاء الله لا یملک عینا و لا منفعه مستقرا و لا متزلزلا من غیر فرق بین ما ملکه المولی، و فاضل الضریبه و أرش الجنایه و بین غیرها عند أکثر علمائنا کما فی التذکره بل فی السرائر

عندنا مشعرا بالإجماع علیه، کالمحکی عن الانتصار و کفارات المبسوط، بل فی زکاه الخلاف و نهج الحق علیه بل الأول منهما صریح فی نفی الملک لما ملکه مولاه؛ بل فی شرح الأستاد أنه المشهور غایه الاشتهار

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۲.

بين المقدمين و المتأخرين المدعى عليه الإجماع معبرا عنه بلفظه الصريح من جماعه و بما يفيده بظاهره بعبارات مختلفه من نقله متعددين، كمذهب الإماميه و مذهب أصحابنا و عندنا.

و فى الرياض أنه الأشهر بين أصحابنا كما حكاه جماعه منا، و هو الظاهر من تتبع كلماتهم جدا حيث لم أقف على مخالف لهم فى ذلك الا نادرا للأصل فى كثير من الموارد مؤيدا بأنه مملوك، فلا يكون مالكا، لان مالكيته لغيره فرع مالكيته لنفسه و بأن ما يكتسبه العبد من فوائد ملك المولى، فيكون تابعا له بل قيل أنه لا يعقل ملك المملوك على وجه يختص به دون مولاه، لان نفسه و بدنه و صفاته التى من جملتها سلطانه ملموكه فسلطان السلطان غالب عليه؛ و إليه يرجع ما عن المختلف من أنه لو ملك لما جاز للمولى أخذه منه قهرا، و التالى باطل إجماعا و ل

ما رواه محمد بن إسماعيل فى الصحيح (۱)عن الرضا عليه السلام «سألته عن رجل يأخذ من أم ولده شيئا وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم

أو متاع أ يجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كانت أم ولده».

و فى شرح الأستاد «أنه يجوز للسيد أن يأخذ ما فى يد العبد قهرا بالإجماع محصلا و منقولا» بل ظاهر فى مقام آخر أن المراد بالأخذ ما يشمل التمليك، فضلا عن التصرف، و بغير ذلك و لقوله تعالى (۲)«ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ءٍ وَ مَنْ رَزَقْناهُ مِنَّا رِزْقاً حَسَناً فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَ جَهْراً هَلْ يَسْتَوُونَ» فإن وصف العبد بعدم القدره بمنزله الحكم عليه بذلك، لأن الصفه كاشفه بقرينه السياق و المقام، و إن كان الأصل فيها التخصيص؛ بل قيل أن قصد التقييد لا يبقى للمملوكيه خصوصيه؛ على عدم القدره.

هذا كله مضافا إلى

صحيح زراره(۳)عن أبى جعفر عليه السلام المستفاد منه المراد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الاستيلاد الحديث- ۲.

۲- ۲ سوره النحل الآيه ۷۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴۵- من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث ۱.

من الآيه قال: «المملوک لا يجوز طلاقه و لا نکاحه إلا بإذن سيده، قلت فان السيد کان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً» إلى آخره أ فشى ء الطلاق»

و

موثق شعيب (۱)«سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا عنده عن طلاق العبد؟

فقال: ليس له طلاق و لا نکاح أما تسمع قوله عبدا مملوکا»

الحديث إلى آخره.

و حينئذ فالحکم على العبد بعدم القدره على شى ء يقتضى نفى القدره له على الملک الحاصل بواسطه الأسباب الاختياريه، لأن الشى ء نکره فى سياق النفى فيکون للعموم، و لدلاله الاخبار على ارادته منه، فيتناول ما ذکرناه، و متى ثبت امتناع الملک الاختيارى للعبد ثبت امتناع الملک القهرى له أيضا للإجماع کما فى مصابيح العلامه الطباطبائى على نفى التفصيل بهذا الوجه، و لقوله تعالى (۲)«ضَرَبَ لَکُمْ مَثَلًا مِنْ أَنْفُسِکُمْ هَلْ لَکُمْ مِنْ ما مَلَکَتْ أَيْمانُکُمْ مِنْ شُرَکاءَ فِی ما رَزَقْناکُمْ، فَأَنْتُمْ فِيهِ سَواءٌ» فإن الاستفهام فيه إنکارى تقتضى امتناع الشرکه بين الأحرار و المماليک بوجه، و لو صح ملک العبد لأمکن ذلک قطعا، و المراد من الموصول فى قوله فيما رزقناکم جنس الأموال التى رزق عباده لا خصوص الأعيان التى رزقها الأحرار، إذ لا دلاله فى ذلک حينئذ على رفعه شأن الموالى و ضعه المماليک و نقصهم لأن التساوى بهذا الوجه منفى فى حق الأحرار أيضا.

و على کل حال ففى الآيتين إشاره إلى تقرير الامتناع العقلى فى تملک المماليک و للنصوص التى تسمعها فى المسأله الثانيه الداله على أن العبد إذا بيع کان ما فى يده قبل البيع لسيده؛ إلا أن يدخل فى المبيع أو يشترطه

المشترى، و لو کان العبد مالکا لاستمر ملکه له بعد البيع، و لم يکن شى ء من ذلک للبائع و لا للمشترى لانتفاء الناقل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶۶- من أبواب نکاح العبيد و الإماء الحديث- ۲.

۲- ۲ سوره الروم الآيه- ۲۸.

عنه، و لا كان للسيد بيع المال معه، لعدم مالكيته له و هو ظاهر.

و من ذلك يعلم وجه دلاله النصوص المتضمنه أن العبد إذا أعتق كان ما فى يده قبل العتق لمولاه، إلا إذا أقره فى يده، فهى دليل آخر على المطلوب أيضا، و لان العبد إذا مات و ترك مالا كان فى يده، فإنه لمالكه بالإجماع و النصوص المستفيضه، و لو صح ملك العبد لزم أن يكون المال ميراثا للمولى، لانه مال انتقل اليه بموت مالكه؛ و لا نعنى بالميراث إلا ذلك و التالى باطل للإجماع كما فى المصابيح على أن الحر لا يرث عبدا و

فى الصحيح المروى (۱)عن ابى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام بطرق متعدده «أنه لا يتوارث الحر و العبد»

فالمقدم اعنى مالكيه العبد مثله، و لا يلزم ذلك على القول بانتفاء الملك، لان ما فى يدا العبد ملك للمولى قبل موته فلا يكون منتقلا إليه بعده حتى يكون ميراثا.

و ل

لصحيح (۲)عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام «أنه قال: فى المملوك ما دام عبدا

فإنه و ماله لأهله لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيه إلا أن يشاء سيده»

بل عن المصابيح أنه صريح فى المطلوب، و

قوله «الا أن يشاء سيده»

إنما يدل على جواز تصرف العبد باذن مولاه، و لا دلاله فيه على الملك بوجه و المراد من الوصيه أن يوصى بما له لغيره، فإنه جائز مع اذن المولى؛ لا أن يوصى له، حتى يدل على الملك، مع أن فى دلالته عليه نظر فتأمل.

و ل

صحيح محمد بن مسلم (۳)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أ يفرق بينهما إذا شاء؟ فقال: إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء، إن الله تعالى يقول «عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ءٍ فليس للعبد شى ء من الأمر»

فإن قوله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب موانع الإرث الحديث ۱ الى ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷۸- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۶۴- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۸.

فلیس للعبد شی ء من الأمر بعمومه یشمل التصرف و الملک؛ فیدل علی عدم الملک و ل

صحیح عبد الله بن سنان (۱)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: مملوک فی یده مال أ علیه زکاه؟

قال: لا قلت: و لا علی سیده قال: لا لانه لم یصل إلیه و لیس هو للمملوک».

إذ حکمه بنفی الملک عن العبد لما فی یده یدل علی استحاله ملکه، و إلا أمکن أن یکون له قطعا، فلا یصح الحکم بأنه لیس له مطلقا، و لا یتم التعلیل بانتفاء الملک فی عدم الزکاه، و للنصوص الوارده فی الوصیه و غیرها علی اختلاف فی الدلاله فی الظهور،

کالصحیح (۲)«فی مکاتب کانت تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصیه فقال: أهل المیراث لا تجیز وصیتها أنه مکاتب لم یعتق و لا یرث، فقضی أنه یرث بحساب ما أعتق منه؛ و یجوز له الوصیه بحساب ما أعتق منه، و قضی فی مکاتب أوصی له بوصیه و قد قضی نصف ما علیه، فأجاز نصف الوصیه»

الحدیث الدال علی المطلوب من وجوه.

أقواها تعلیل الورثه عدم الإجازه بأنه عبد مملوک لم یعتق، ضروره ظهوره فی اشتهار عدم ملکه للوصیه بالعبودیه فی تلک الأزمنه؛ و کالأخبار المتواتره(۳)المجمع علیها الداله علی نفی الموارثه بالرقیه، بل جعل بعضهم ذلک دلیلا مستقلا، فقال:

إنه لو ملک لدخل المال فی ملکه، بالأسباب الموجبه للدخول من غیر اختیار، کالمیراث و شبهه، و التالی باطل إجماعا فکذا المقدم، و إن کان قد یناقش فی الملازمه بعدم الدلیل علیها، فیحتمل المنع تعبدا، کالقاتل المعلوم صلاحیته للملک إجماعا، و کالنصوص (۴)الوارده فی وصیه المولی لمملوکه بثلث ماله، و أنه یعتق بحسابه، و من هنا قیل: إن تتبع

المقامات المتفرقه فی الفقه، المسلمه بین الجمیع، کعدم وجوب

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب من تجب علیه الزکاه الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب ۸۰ من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب موانع الإرث.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸۲- من أبواب أحکام الوصایا.

الزكاه بل استحبابها؛ مع ثبوتها فى مال الطفل و الخمس و الحج و الكفارات و نفقه القريب، و من فى يده من العبيد، و منعه من التصرفات و إن لم يكن مولاه قابلا للولايه، و عدم إبقاء ما فى يده مع بيعه و إعتاقه، و عدم ضمانه لمتلفاته إلا بعد عتقه، و عدم استحقاقه للإرث إلا بعد عتقه؛ و انتقال ماله بموته للمولى، و عدم جواز الوصيه له، و الوقف عليه، و عدم حرمه التصرف بضروبه حتى التملك على مولاه، مع حرمه التصرف بأموال الناس، و تملك المولى ما كان من فوائد البدن كالحمل و اللبن و عوض البضع و نحوه مما لا ريب فى أولويه الخارج منه، و صرف الوصيه له من المالك إلى عتقه، كصرف الوصيه لأم الولد إلى عتقها من الثلث ثم إعطاء الوصيه و غير ذلك- مما يورث الفقيه القطع بعدم قابليته للملك، فلا تقدح المناقشه فى كل واحد منها.

مضافا إلى أن القول بملكه يستلزم جواز تملك كل من العبدين صاحبه فى بعض الصور؛ اللهم إلا أن يمنع الملازمه؛ فإن القابليه للملك أعم من اقتضائها ذلك كيف كان، إذ الحر يملك و لا يملك أبويه، و قد يناقش بأن الحر يملك إلا أنهما ينعتقان عليه قهرا، فالملك حاصل زمانا ما قبل العتق، أو متقدم عليه ذاتا كتقدم العله على المعلول فتأمل جيدا و الله أعلم.

هذا كله فى القول بعدم الملك و قيل يملك فاضل الضريبه خاصه التى يضربها عليه مولاه، الا انى لم أعرف القائل به بالخصوص و ان نسب الى الشيخ فى النهايه و القاضى الا ان الذى عثرت عليه فى الأول مع عدم اختصاصه بفاضل الضريبه، صريح فى إراده ملك التصرف كما حكاه عنه فى الدروس لا الرقبه، قال «المملوك لا يملك شيئا من الأموال ما دام رقا، فان ملكه مولاه شيئا ملك التصرف فيه بجميع ما يريده، و كذلك إذا فرض عليه ضريبه يؤديها اليه، و ما يفضل بعد ذلك يكون له جاز ذلك، فإذا أدى الى مولاه ضريبه كان له التصرف فيما بقى من المال، و كذلك إذا أصيب العبد فى نفسه بما يستحق به الأرش كان له ذلك، و حل له التصرف فيه، و ليس له رقبه المال على وجه من الوجوه.

و نحوه عن القاضی و لذا نسبه إلیهما فی المحکی عن المهذب نعم قیل إن القول بذلک محکی عن الصدوق و الإسکافی حیث قالا: یملک العین لکن لا مستقرا؛ و فیه أنه أیضا غیر خاص بفاضل الضریبه.

و علی کل حال ف هو المروی صحیحا

قال عمر بن یزید(۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أراد أن یعتق مملوکا له، و قد

کان مولاه یأخذ ضریبه ضربها علیه فی کل سنه و رضی بذلک المولی، فأصاب المملوک فی تجارته ما لا سوی ما کان یأخذ مولاه من الضریبه قال: فقال: إذا أدی إلی سیده ما کان فرض علیه، فما اکتسب بعد الفریضه فهو للمملوک قال: قال أبو عبد الله علیه السلام: أ لیس قد فرض الله تعالی علی العباد فرائض، فإذا أدوها إلیه لم یسألهم عما سواها، قلت: للملوک أن یتصدق مما اکتسب و یعتق بعد الفریضه التی کان یؤدیها إلی سیده؟ قال: نعم و أجر ذلک له، قلت:

فإن أعتق مملوکا مما اکتسب سوی الفریضه لمن یکون ولاء العتق؟ قال: فقال:

یذهب فیتولی إلی من أحب، فإذا ضمن جریرته و عقله کان مولاه و وارثه، قلت:

أ لیس قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: الولاء لمن أعتق؟ قال: فقال: هذا سائبه لا یکون ولاؤه لعبد مثله، قلت فان ضمن العبد الذی أعتقه جریرته و حدثه أ یلزمه ذلک و یکون مولاه و یرثه؟ قال: فقال: لا یجوز ذلک و لا یرث عبد حرا»

مضافا إلی ما فی کشف الأستاد من أن عقد الکتابه یقتضی عدم استحقاق المولی سوی ما فرضه لنفسه، فلو لم یکن الفاضل للعبد، بقی بلا مالک؛ و نوقش فی الأول بأنه- مع قصوره عن معارضه غیره مما عرفت من وجوه و لو کان بالإطلاق أو العموم و منافاته لما دل علی الحجر عن التصرف علی تقدیر الملک- قابل للحمل علی إراده إباحه التصرف له باذن المالک لا لأجل الملک، بعدم اختصاص اللام به لغه، و الحکم فیها بصحه العتق و التصدق عن العبد یمکن أن یکون کذلک أیضا، لأن توقفهما علی الملک لیس بمعنی عدم صحتها من غیر المالک مطلقا، بل مع عدم الاذن منه فی التصرف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۱- باختلاف یسیر.

و الاذن هنا متحقق بالفرض، و أما اختصاص الأجر به فلان العبد هو المباشر للعتق و السبب التام فيه، لان المالك لم يقصد شيئا منها بعينه، بل لم يطلب من العبد التصرف بأسرها، و إن لم يكن فيها أجر، و في الثانى بأنه لا منافاه بين كونه مالا للمولى و كونه محجورا عليه يملكه بعد تمام عتقه أو بعد وفاء بعضه فتأمل جيدا. فإنك تسمع إنشاء الله في كتاب المكاتب المفروغيه من ملك العبد فلاحظ و تأمل.

و يملك أرش الجنايه خاصه أو مع فاضل الضريبه خاصه على قول آخر لم أعرف القائل بكل منهما، كالقول بأنه يملك ما ملكه مولاه خاصه، أو مع أرش الجنايه خاصه أو مع فاضل الضريبه فقط أو الثلاثه و إن حكى جميع ذلك شيخنا في شرحه، بل و غيرها، فإنه قال بعد أن اختار عدم الملك، و استدل عليه: «فلا وجه للقول بأنه يملك مطلقا، و نسب إلى الأكثر في روايه، و إلى ظاهر الأكثر في أخرى، أو يملك فاضل الضريبه فقط، أو أرش الجنايه كذلك و نسبا إلى الشيخ و أتباعه، أو ما ملكه مولاه و ربما عد منه فاضل الضريبه، و ما أذن له في ملكه أو المركب منها على اختلاف أقسامه، أو يملك ملكا غير تام أو التصرف خاصه» و يمكن أن يكون المراد من ذلك الأعم من القول و الاحتمال.

و على كل حال فلم أجد ما يشهد للقول بملك أرش الجنايه سوى ما قيل من أن المولى إنما يملك خدمته و الانتفاع به، و أما النفس فنفسه، و أما البدن فبدنه، و أرشهما له، و لم تتعلق التكاليف بهما، و فيه ما لا يخفى.

و سوى

موثق إسحاق بن عمار(۱)«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم؛ أو أقل أو أكثر فيقول: حللنى من ضربى إياك، و من كل ما كان منى إليك، و مما أخفتك و أرهبتك، و يحلله و يجعله في حل رغبه فيما أعطاه، ثم إن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۳ مع اختلا يسير.

المولی بعد أن أصاب الدراهم التی أعطاه فی موضع وضعها فیه العبد فأخذها السید المولی إحلال هی له؟ قال: فقال: لا تحل له لأنه افتدی بها نفسه من العبد، مخافه العقوبه و القصاص یوم القیامه، قال: فقلت له: فعلی العبد أن یزکیها إذا حال علیها الحول؟ قال: لا إلا أن یعمل له فیها؛ و لا یعطی من الزکاه شیئا»

و فیه- مع أنه لیس من أرش الجنایه. اللهم الا أن یدعی أولویته مما الذی هو لیس عوض جنایه، مع أنه من المولی، فالجنایه من

الغیر حینئذ أولی، و یناقش بمنع الأولویه، و منع القول بما فی مضمونه، حتی تکون الأولویه معتبره.

- أنه قاصر عن معارضه غیره سندا بل و متنا، خصوصا مع اشتماله علی ما حکی الإجماع علی خلافه، من منع المولی انتزاع ما فی ید العبد، و ثبوت الزکاه علی العبد و خصوصا مع ظهور ذیله فی موافقه العامه هذا. و تسمع إنشاء الله فی کتاب القصاص و الدیات المفروغیه من ملک السید أرش جنایه العبد الذی هو مملوک له، و الأرش جبر تفاوت ما مضی من ملکه.

و علی کل حال فقد ظهر لک ضعف القول بملک ذلک خاصه، و قوه القول بعدم ملکه و لکن مع ذلک ما المصنف إلی القول بالملک مطلقا، فقال و لو قیل یملک مطلقا لکنه محجور علیه بالرق حتی یأذن له المولی للآیه(۱)و الإجماع بقسمیه کالإجماع الذی سمعته سابقا علی أن للمولی انتزاع ما فی ید العبد قهرا علیه کان حسنا بل ظاهر الشهید فی حواشی اختیاره، و قد سمعت أن الأستاد حکی نسبته إلی الأکثر فی روایه، و إلی ظاهر الأکثر فی أخری، لکن الذی عثرت علیه من ذلک ما فی الدروس و المسالک؛ ففی الأول «اختلف فی کون العبد یملک، فظاهر الأکثر ذلک» و فی النهایه «یملک ما ملکه مولاه» إلی آخره و فی المسالک «القول بالملک فی الجمله للأکثر» و هما معا لیس فی الملک مطلقا.

و کیف کان فیدل علی ذلک- مضافا إلی أنه یحصل به الجمع بین ما یتقضی.

۱- ۱ سوره النحل الآیه- ۷۵.

الملک، و بین ما یقضی عدمه، بحمل الثانی علی الحجر و جواز الانتزاع فکان ملکه غیر ملک، لانتفاء هذین اللازمین اللذین هما کالرکن فی الملکیه- إطلاق ما دل علی خصوص الملک بتحقق أسبابه، و فإنه یشمل الحر و المملوک و دعوی الانصراف إلی الأول- و لو بسبب معلومیه حجر العبد، و عدم جواز تصرفه،- ممنوعه خصوصا فی نحو الحیازات للمباحات، إذ دعوی عدم ملکه لها- و إن وقع منه الحیازه کدعوی ملک المولی لها، بمجرد حیازه العبد لها بغیر إذنه- لا تخلو من نظر اللهم إلا أن یدعی أن مثل ذلک نماء الملک فیتبعه فیه، لان نماء کل شی ء بحسب حاله، فتأمل جیدا.

و ما یستفاد من تضاعیف الأدله من قابلیه العبد للملک فی الجمله، منها ما سبق، و منها ما تسمعه، فلا مانع حینئذ لأن یعمل السبب مقتضاه، و لیس فی الأدله ما یصلح للتقیید و التخصیص، کما أنه لیس فیها ما هو صریح فی نفی قابلیه الملک، إذا المنساق من الآیه الأولی (۱)إراده الحجر فی التصرفات، خصوصا بعد قوله «وَ مَنْ رَزَقْناهُ» إلی آخره، لا- أن المراد عدم قابلیه الملک أصلا حتی مع إذن المولی.

و النصوص المتضمنه لتفسیر الآیه- مع أنه جیب تقییدها بما إذا کان متزوجا أمه المولی بما

تعرفه فی باب النکاح من أن المشهور کما قیل کون طلاق غیرها بیده- کالصریحه فی إراده عدم القدره بدون الاذن خصوصا مثل

صحیح العقرقوفی (۲)عن ابی عبد الله علیه السلام: «قال: سئل و أنا عنده أسمع عن طلاق العبد؟ قال: لیس له طلاق و لا نکاح، أما تسمع الله یقول (عَبْداً مَمْلُوکاً لا یَقْدِرُ عَلی شَیْ ءٍ) قال: لا یقدر علی نکاح و لا طلاق إلا بإذن مولاه».

هذا کله بعد الإغضاء عن دعوی کون الوصف کاشفا غیر مخصص، و من الآیه الثانیه(۳)إراده عدم الاشتراک من حیث العبودیه، لا ما یحصل بالأسباب الأخر التی منها

۱- ۱ سوره النحل الآیه- ۷۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۶- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۲.

۳- ۳ سوره الروم الآیه- ۲۸.

تملیک السید، خصوصا بعد

المروی فی دعائم الإسلام (۱)عن علی و أبی جعفر و أبی عبد الله علیهم السلام «أنهم قالوا العبد لا- یملک شیئا إلا ما ملکه مولاه، و لا یجوز له أن یعتق و لا یتصدق مما فی یده إلا أن یکون المولی أباح له ذلک أو أقطعه ملا من ماله أباح فعله أو جعل علیه ضریبه یؤدیها إلیه و أباح له ما أصاب بعد ذلک، هذا معنی ما رویناه عنهم علیهم السلام و إن اختلف لفظهم فیه»

بل هو من أدله المسأله ک

المروی فیها أیضا عنه (۲)عن جعفر بن محمد علیه السلام «أنه سئل عن رجل باع عبدا فوجد المشتری مع العبد مالا قال: المال رد علی البائع إلا أن یکون قد اشترطه المشتری؛ لأنه باع نفسه و لم یبلع ماله»

الحدیث.

و

صحیح زراره(۳)«سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل أعتق عبدا و للعبد مال، لمن المال؟ فقال: إن کان یعلم أن له ما لا تبعه ماله، و إلا فهو له»

و

صحیحه الأخر(۴)عن ابی عبد الله علیه السلام «إذا کاتب الرجل مملوکه أو أعتقه و هو یعلم أن له مالا و لم یکن السید استثنی المال حین أعتقه؛ فهو للعبد»

و نحوهما صحیح عبد الرحمن (۵)و النصوص جمیعها یمکن الجواب عنها بالتزام ما فی بعضها، و إن کان مخالفا لقواعد الملک کما قلناه فی الحجر، و جواز الانتزاع و تخیر الأمه بعد العتق بالبقاء علی التزویج و عدمه، و غیر ذلک مما قیل به للأدله، و بحمل الآخر علی إراده الحجر و جواز الانتزاع، فملکه فی الحقیقه لیس ملکا، أما قابلیته للملک کقابلیته لسیار التصرفات إذ هو انسان عاقل، و ربما فاق الکثیر من الأحرار، فلا یقاس علی البهائم فلا دلاله فیها علی نفیه.

نعم سلطان المولی علیه؛ و علی ما فی یده کسلطان الله علی العباد و ما فی أیدیهم

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۵.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب العتق الحدیث ۲-.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب العتق الحدیث- ۱.

٥- ۵ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب العتق الحديث- ۶.

على وجه لا ـ ينـافى الملـك الـذى أنـاطه الله تعـالى بأسـبابه لا جراء بعض الاحكام عليه، و لعل فى الآيه الثانيه(۱)إشعارا بذلك، ضروره كون المراد نفى شركه العبد مع المولى كنفى شركه العباد مع الله تعالى شأنه.

و يؤيد ذلك إضافه المال إلى العبد فى النصوص الكثيره المتفرقه فى الأبواب الذى لا يسع الفقيه حصـرها، على وجه يقطع بعدم إراده الأدنى ملابسه منها الذى هو ضرب من المجاز فيها، و لا يناسبه هذه الكثره المجرده عن القرينه، و ما تقدم فى باب الربا من نفيه بين السيد و العبد؛ كالولد و الوالد الظاهر فى ثبوت الملك له أيضا.

و قوله تعالى (۲)«وَ أَنْكِحُوا الْأَيـامى مِنْكُمْ» الآيه بناء على أن الضـمير فى قوله يكونوا راجع إلى المـذكورين سابقا و من جملتهم العبيـد و الإمـاء، فيـدل الجزاء على توقع الغنـاء و إمكانه فى حقهم؛ و هو يـدل على الملك إذ لا غناء بمال مملوك، و دعوى أن المراد من الغنـاء رغـد العيش وسـعته و لو بالإباحه، فلا ينافى ثبوته للعبيـد، فإن حالهم فى ذلك تابع لحال الموالى غالبا واضـحه المنع.

نعم قـد يقال أن المراد من الضـمير غير العبيـد، إذ لو أريـد الأعم لم يكن عـدمه فى حق المماليك مانعا لهم من التزويج، لثبوت المهر و النفقه على المولى إذا كان النكاح بإذنه، و لا وجوده مرغبا، لتحقق الحجر المانع من التصـرف و إن حصل الملك، و هو خلاف ما يقتضيه سياق الآيه، و

الصـحيح عن أبى جرير(۳)قـال: «سـألت أبـا الحسن عليه السـلام عن رجـل قـال لمملوك له أنت حر و لى مالـك، قال: لا يبـدأ بالحريه قبل المال يقول لى:

مالك و أنت حر برضاء المملوك».

و المناقشه فى سنده- باشتراك أبى جرير، و بالاضطراب لأن ثانى الشهيدين

۱- ۱ سوره الروم الآيه- ۳۸.

۲- ۲ سوره النور الآيه ۳۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب العتق الحديث- ۵.

رواها فی موضعین عن جریر أحدهما عن أبی الحسن علیه السلام، و الأخر عن الصادق علیه السلام.

مع أن عن بعضهم نفی روایته عن الأول بلا واسطه، و فی روایته عن الثانی کذلک الکلام المشهور؛ و عن النجاشی عن یونس أنه لم یسمع من الصادق علیه السلام الا حدیثین- لا تقدح بعد الانجبار و الاعتضاد بما عرفت، کالمناقشه فی متنه- بأن الإضافه علی التوسع، و اعتبار رضا المملوک علی الندب، کما یشهد له وقوع الأمر باعتباره فی حیز النهی عن تقدیم العتق علی ذکر المال، المعلوم أنه لیس علی

التحریم،- إذ هی کما تری تکلف بلا داع و لا شاهد.

و

الصحیح عن الفضیل بن یسار(۱)قال: «قال: لی عبد مسلم عارف أعتقه رجل فدخل به علی أبی عبد الله علیه السلام فقال له: من هذا السندی فقال: رجل عارف و أعتقه فلان فقال أبو عبد الله علیه السلام: لیت إنی کنت أعتقته، فقال السندی لأبی عبد الله علیه السلام إنی قلت لمولای: بعنی بسبعمائه درهم، و أنا أعطیک ثلاثمائه درهم، فقال له أبو عبد الله علیه السلام: إن کان یوم اشترطت لک مال فعلیک أن تعطیه، و إن لم یکن لک یومئذ مال فلیس علیک شی ء».

و المناقشه فی سنده- بأن الراوی فیها العبد الذی لم یظهر من الروایه إلا کونه مسلما عارفا، و لا یکفی ذلک فی التوثیق، و فی المتن بأن الإضافه بأدنی ملابسه، و إیجاب الدفع علیه بکون المال ملکا للبائع، و إنما جوز له بتعیینه المقدار تصرفه فیما عداه فیبقی المنع فیه ثابتا، فلا یکون دالا علی الملک- کما تری خصوصا الثانیه، و

موثق إسحاق بن عمار(۲)عن جعفر عن أبیه علیهما السلام، «أن علیا علیه السلام أعتق عبدا له فقال إن ملکک لی و لک و قد ترکته لک».

و المناقشه فیه- بأنه؛ غیر دال علی ملک العبد بوجه، لان الخلاف فی ملک العبد للمال،

و مقتضی الروایه ملک الرقبه مجازا بناء علی أن له فی نفسه حقا و لیس ذلک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۱- من أبواب العتق الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب العتق الحدیث- ۷-.

من محل النزاع فی شی ء، و حمل الملک هنا علی ملک المال مع مخالفته لظاهر اللفظ لا وجه له، لانتفاء الشرکه فیه علی القولین، فإن ما یکتسبه العبد لنفسه إما أن یکون له بأسره، أو ینتفی عنه بأسره؛ فالتفصیل خلاف الإجماع، و حمل الشرکه علی المجاز یقتضی سقوط الاستدلال- یدفعها انسیاق إراده الأخیر منها علی أن للمولی انتزاع ما فی ید العبد و تملکه فهو له حینئذ من هذه الجهه، و للعبد باعتبار ملکیته لنفس المال علی الوجه المزبور بل لا ریب فی صلاحیه ذلک وجها للجمع بین ما یقتضی ملک السید و ما یقتضی ملک العبد متمما نفیه عنه بإراده الحجر علیه فیه، بل هو اولی من الجمع بحمل الأول علی الحقیقه؛ و الثانی علی إباحه التصرف باذن المولی، و أن الإضافه لأدنی ملابسه، و نحو ذلک مما لا یخفی علی المتأمل عدم قابلیه مجموع الأدله له، فظهر من ذلک کله قوه ما استحسنه المصنف، و ما یقال- من منع المکافاه لما دل علی نفی الملک لکثرته، و وضوح سند أکثره؛ و اعتضاده بالشهره، کما عن التذکره و موافقه ظاهر الآیتین المتقدمتین، و مطابقه الأصول و القواعد، و مناسبه الأحکام الکثیره المتفرقه فی مسائل الفقه و أبواب الحدیث، کما سبقت إلیه الإشاره، فیجب تأویل ما دل علی الملک، أو حمله علی التقیه، لموافقته لمذهب کثیر من العامه، فقد نقلوا القول بالملک عن مالک و الشافعی فی القدیم و أهل الظاهر و أحمد بن حنبل.

- قد عرفت اندفاع کثیر منه و ربما کان حمل ما دل علی نفی الملک علی التقیه أولی، لأنه مذهب أبی حنیفه المعلوم شده التقیه منه، و الثوری و إسحاق و أحمد فی إحدی الروایتین، و الشافعی فی الجدید، و أیضا قد یقال، إن المراد من النصوص الداله علی أن ماله لمولاه إذا بیع أو أعتق أو مات هو بقاء سلطنه البائع علیه التی ثبتت علی المال حال العبودیه، و لا دلیل علی زوالها بزوال الملک، بل ظاهر قوله علیه السلام إنما باع نفسه و لم یبع ماله» خلافه، و دعوی الإجماع علی الانتقال إلی ملک المولی ممنوعه أشد المنع، و لو سلمت ثبت المطلوب، ضروره اقتضاء الانتقال کون المال ملکا للعبد حتی یتجه انتقاله.

نعم المسلم منه و من النصوص بقاء السلطنه التى كانت للمولى قبل البيع و العتق و الموت، فلا يبعد التزام كون الرقيه باقيه على حكم مال العبد؛ و إن كان سلطان التصرف للمولى و لا يعارضه سلطان المولى الثانى أو حريه العبد نفسه، بعد تعلق حق المولى الأول على وجه لا شركه معه، و بذلك ينكشف الاشكال عن الحكم فى النصوص المزبوره، كما أنه يظهر منه عدم كون ذلك من الإرث فى حال الموت؛ بل هو شى ء ثابت للسيد حال الحياه هذا.

و من مجموع ما ذكرنا يظهر لك وجوه المركبات، و لعل القول السادس الذى هو ملك غير تام يرجع إلى ما قلناه كما يومى إليه ما ذكر مستندا له، من أنه مقتضى الجمع بين ما دل على سلطان المولى على منعه من التصرف، بل عدم جواز تصرفه إلا باذنه، و بين ما دل على ملك العبد، بالحمل على الملك الغير التام؛ و أما السابع فقد قيل: إن مستنده قيام الإجماع و شهاده الأخبار بأن المولى إذا أذن لعبده فى التصرف جاز للعبد ذلك، و هو ملك التصرف، ففيه أن الفرق بين ملك التصرف و إباحته غير واضح، و القياس على النكاح و التحليل يدفعه أن للبضع حكما آخر؛ و لذلك لا يدخله صلح و لا معاوضه بوجه من الوجوه و الله أعلم.

و على كل حال فلو كان فى يد العبد المسلم عبد مسلم، و مولاه كافر ففى شرح الأستاذ بيع على جميع الأقوال، و لو انعكس بأن كان المولى مسلما و العبد كافرا، و كان فى يده عبد بيع على القول بملكيه العبد، أو تملكه المولى بناء على أن له الانتزاع الشامل للملك، دون القول بعدم ملكيته، و لو وطئ العبد جاريته من دون اذنه، حد على القول بعدم ملكه حد الزانى، و عزر على القول بالملك؛ و لا يجوز للمولى وطئ من تحت يد مملوكه من دون إذنه على القول بملكه إلا أن يقصد الملك.

و فى شرح الأستاد لا يبعد جعل التصرف مملكا، و فيه بحث، و لا يصح له نكاحها إلا على القول بملكيه العبد، و لو وهب كل من السيدين عبده لعبده الأخر دفعه بطل على القول بالملك: إذ لا يكون السيد ملكا لعبده؛ و كذا مع جهل التاريخ، و مع

العلم به یملک السابق اللاحق دون العکس، و لو علم تاریخ أحدهما ففی الحکم بتأخیر المجهول عنه إشکال ذکرناه غیر مره، إلی غیر ذلک من الأحکام المتفرعه علی القولین من الاستطاعه و وجوب وفاء الدین، و الإنفاق و نحو ذلک کما هو واضح و لیس منه علی الظاهر.

[المسأله الثانیه من اشتری عبدا له مال کان ماله لمولاه]

المسأله الثانیه التی هی من اشتری عبدا له مال کان ماله لمولاه، إلا أن یشترطه المشتری أو تکون قرینه علی التبعیه لثبوت الحکم المزبور علی القولین، أما علی القول بأن الملک للسید فواضح؛ ضروره عدم اندراج المال فی اسم العبد؛ بل إضافته إلیه إنما هی لأدنی ملابسه؛ و أما علی القول بأن الملک للعبد، فلانتقاله عنه بالبیع إجماعا محکیا فی شرح الأستاد بل فیه الاستدلال علیه به، و بظاهر الاخبار علی تقدیر الملک، لکن ستسمع فی المسأله الثالثه عباره عن المبسوط تنافی ذلک، للحکم فیها بالبقاء علی ملک العبد.

و علی کل حال فهما إن تم أولهما الحجه فی ذلک، کما أن الاخبار الحجه علی انتقاله إلی البائع دون المشتری،

قال محمد بن مسلم (۱)«سألت أحدهما علیه السلام عن رجل باع مملوکا، فوجد له مال، فقال: المال للبائع، إنما باع نفسه؛ إلا أن یکون شرط علیه أن ما کان له من متاع فهو له»،

و

فی خبر یحیی و أبی العلاء(۲)«عن أبی عبد الله عن أبیه علیهما السلام أن علیا علیه السلام قال: من باع عبدا و کان للعبد مال فالمال للبائع إلا أن یشترطه المبتاع، أمر رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم بذلک»

إلی غیر ذلک من النصوص، و لا استبعاد فی ذلک، لجواز اشتراط ملکه ببقائه فی ید مولاه، و یکون خروجه بمنزله موته الناقل لما له إلیه، أی علی حسب انتقال مال الوصیه إلی الموصی له؛ لا انتقال ارث، لما عرفت من عدم التوارث بین العبد و الحر، و تغیر الحکم بالانتقال غیر عزیز،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۴- لکن عن یحیی بن أبی العلاء مع اختلاف یسیر.

كما فى رجوع أمر نكاح العبد إلى مشتريه و إلى زوجته إذا أعتقت.

و من ذلك يظهر لك ما فى المسالك من إشكال الحكم بكونه للبائع على تقدير الملكيه، بأن ملك مالك لا ينتقل عنه إلا برضاه، و الحال أن العبد لا مدخل له فى هذا النقل، ثم أنه بعد أن اعترف بأن هذه المسأله ذكرها من ملكه و

من أحاله؛ قال: «و لا يندفع الإشكال إلا إذا قلنا بأن المراد بملكيه العبد تسلطه على الانتفاع بما قيل تملكه له، لا ملك الرقبه كما نقله فى الدروس عن بعض القائلين بالملك، فيكون الملك على هذا الوجه غير مناف لملك البائع، لرقبته على وجه يتوجه به نقله إلى المشترى أو بقاؤه على ملكه، و فيه ما عرفت مضافا إلى ما تقدم سابقا من عدم وضوح الفرق بين ملك التصرف و إباحته فتأمل جيدا.

على أنه لا- يتم على ظاهر المصنف فإنه مال إلى ملك العبد مطلقا مع حكمه بذلك، و هو صريح فى إراده ملك الرقبه كما اعترف هو به بعد ذلك، و قال اللهم إلا أن يحمل على ظاهر النص الدال على هذا الحكم، فيرد حينئذ بأنه دال على عدم ملك العبد لئلا ينافض الحكم المتفق عليه من عدم ملكيه شخص مال غيره إلا برضاه و هو كما ترى لا يخلو من تناقض، و ما ذكره من الاتفاق بحيث يشمل ملك العبد المخالف لأحوال الملك بالحجر و بجواز الانتزاع و بغيرهما واضح المنع، فتأمل.

و كذا يظهر ما فى المصابيح من الاستدلال بهذه النصوص على عدم الملكيه، قال: «لانه لو كان ما فى يد العبد له، لاستمر ملكه له عليه بعد البيع، و لم يكن شى ء من ذلك للمشترى، و لا البائع، لانتفاء الناقل عنه، و لا كان للسيد بيع المال معه، لعدم مالكيته له، و هو ظاهر، بل تعجب من الأصحاب حيث استدلوا بهذه على مالكيه العبد، استناد إلى إضافه المال إليه فيها؛ و الظاهر منها الملك و هو ضعيف جدا لأن الإضافه يكفى فيها أدنى ملابسه و ظهورها فى الملك مع تسليمه مدفوع بقيام القرينه الصارفه».

قلت: قد عرفت عدم صرفها و أنه لا مانع عن القول بملكه ثم الانتقال عنه بالبيع للبائع كالموت، على أنه لو سلم كون مثل ذلك قرينه صارفه أمكن حمل هذه النصوص

على أن المراد من مال العبد فيها ما كان للمولى، و أضيف إليه ككسوته و فراشه و نحوهما، لا أن العبد لا يصلح للملك أصلا، فلاـ يستدل بها عليه كما هو واضح و لولا الإجماع المدعى على الانتقال عن العبد على القول بملكه؛ لكان وجها جيدا لهذه النصوص.

و ربما يقال استثناء الاشتراط فى هذه النصوص إنما يتجه على القول بالملكيه، إذ معناه حينئذ أن مال العبد إذا بيع للبائع، إلا إذا اشتراط المشترى بقاؤه للعبد، لعموم

قوله عليه السلام (۱)«المؤمنون عند شروطهم»

أما على القول بأنه ملك للبائع فقد يشكل اشتراطه للعبد بعدم قابليته للملك فلا يصح الاشتراط، و حمله على إراده إبقاء الإباحه خلاف الظاهر بل معلوم البطلان لظهور النصوص فى خروجه بذلك عن كونه ملكا للبائع، و أما اشتراطه للمشترى؛ فيشكل أيضا بأن المعلوم من الشرط فى الأعيان تمليكها بأسبابها من بيع أو هبه أو نحو ذلك؛ لا أنه هو بنفسه

مملكا لها، بل أقصاه الإلزام بما يقتضى تمليكها من الأسباب، و لو سلم أعميه الشرط من ذلك؛ أمكن منع جريان حكم المبيع عليه من القبض فى المجلس لو كان صرفا، و عدم جواز التفاضل لو كان ربويا، و الجهل و غيرها، مع أن ظاهر الأصحاب جريان جميع ذلك عليه لو اشترط.

اللهم إلا أن يلتزم إلحاق ذلك بالمبيع، أو يراد بالشرط المذكور فى كلامهم الذى أجروا عليه الأحكام المزبوره بشرط التبعيه فى البيع للعبد، على معنى كونه مع ماله مبيعا فهو حينئذ و لو كان بالشرط كالمسأله الاتيه التى ليست بصوره الشرط؛ بل قد يوجه الشرطيه للمشترى على القول بالملكيه أيضا على وجه يكون مبيعا أيضا، بأن للمولى التصرف بمال عبده قهرا عليه، و منه حينئذ بيعه فله اشتراطه حينئذ على وجه يكون مبيعا و إن لم يكن مالكا، و عدم البيع إلا فى ملك مخصوص بذلك حينئذ،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الخيار الحديث- ۲ و باب ۲۰ من أبواب المهور الحديث ۴.

أو يقال إن هذا التصرف بنفسه مملكا، نحو ما سمعته فی وطئ المولی جاریه عبده، و ان کان فیه ما لا یخفی.

نعم قد یشکل علی الأول جریان أحکام الربا و نحوه علی مثل هذا البیع لإمکان دعوی ظهور أدلته فی البیع للمالک، لا لنحو المقام الذی فرضنا المالک فیه العبد، و البیع للمولی، لکن ظاهر الأصحاب هنا جریان أحکام البیع بأسرها علی تقدیر الملک و عدمه کما یوضحه ما ذکروه فی المسأله الاتیه و لعله لإطلاق الأدله أو عمومها.

نعم فی شرح الأستاد أنه هل یلحق مال العبد بالتوابع کالشرب و الطریق و الحریم و نحوهما، فیسوغ فیه ما لا یسوغ فیما یدخل فی المبیع أصاله أولا؟ بل یجری فیه حکم الأصاله وجهان، قلت: لار ریب فی قوه الثانی منهما، لعدم التبعیه المحققه فی المقام، فلیس هو إلا بیعا أصلیا، بل لا فرق فی المشهور هنا بین جعله شطرا أو شرطا لما عرفت من رجوع الثانی هنا عند التأمل إلی الأول، لکن فی شرح الأستاد الأقوی أنه یجری فی الثانی من المسامحه ما لا یجری فی سابقه؛ فتأمل جیدا، هذا.

و فی المختلف بعد أن حکی عن ابن حمزه صحه البیع بغیر جنس ما عند البیع إذا لم یعرف مقدار ما معه، و فساده إذا باع بالجنس لجواز تطرق الربا، قال:

«لکن یبقی فیه إشکال من حیث أنه باع مجهولا، إلا أن یقال إن المال تابع فجهالته لا تمنع صحه البیع، و هو مؤید لما احتمله الأستاد فی شرحه، و لا ریب فی ضعفه إذا کان المراد کل ما کان للعبد، لا مثل ثیابه و نحوها؛ و الله أعلم.

و علی کل حال فما قیل: فی أصل المسأله کما عن ابن البراج من التفصیل بأنه إن لم یعلم به البائع أی بمال العبد فهو له و إن علم فهو للمشتری ل

حسن زراره(۱)«قلت: لأبی عبد الله علیه السلام الرجل یشتری المملوک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۲-.

و له مال: لمن ماله؟ قال: إن كان علم البائع أن له مالا فهو للمشترى؛ و إن لم يكن علم فهو للبائع»

فواضح الضعف إذ الملك لا ينتقل إلى المشترى بمجرد العلم من دون صيغه؛ و الخبر المزبور قاصر عن مقاومه ما تقدم، المعتضد بما سمعت، و بأصاله بقاء ملك المولى بناء على ملكه، و بقاء سلطانه بناء على عدمه، و حيث سمعت الإجماع على الخروج عن العبيد بقى سلطان مولاه بلا معارض، إذ لا دليل يدل على دخوله فى ملك المشترى بعد فرض خروجه عن ملك العبد الذى ثبت سلطنه مولاه على ما هو مملوك له كما هو واضح و لذا كان الأول مع كونه أظهر أشهر فيمكن حل الخبر المزبور حينئذ على اشتراط البائع للمشترى ذلك، أو على أن ذلك قرينه عليه و الله أعلم.

و لو قال المملوك للمشترى مثلا اشترنى و لك على كذا لم يصح فلا يلزمه ما جعل له، و إن اشتراه أما على عدم الملك فواضح، و أما على الملك فللحجر عليه؛ فيتوقف على إجازه المولى كما فى المسالك و غيرها، لكن فى شرح الأستاد «لا يصح و لا تشتغل ذمه العبد له بشى ء لو أتى بالعمل، سواء كان للعبد مال أولا، ملكناه أو لا، أذن السيد أولا إلا أن يعود إلى

السيد فتشتغل ذمته دون العبد كما هو المشهور بين الأصحاب شهره تفيد الإجماع، لأن كل من ذكر هذا الفرع حكم بذلك، و الساكت بعد أن مهد قاعده لا أهليه له لتملك عين و لا منفعه، يستفاد منه امتناع أن يملك فى ذمه المجعول له عملا، لا بعد العمل و لا قبله، و أنه لا قابليه له فى المعامله الشاغله للذمه، و عموم نفى قدرته فى الكتاب أبين شاهد فى هذا الباب».

و فيه أنه لا وجه للمنع على القول بالملك مع الإذن من المولى فى التصرف له فيما عنده من المال، سواء كان الجعل عينا أو فى الذمه، و دعوى الشهره التى يستفاد منها الإجماع على ذلك ممنوعه أشد المنع، كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم،

خصوصا ما ذکروه فیما لو جعل للمولی ذلک علی بیعه، الذی رواه الفضیل (۱)عن الغلام السندی عن الصادق علیه السلام، المتقدم سابقا فإنهم قد صرحوا بالصحه حینئذ لحصول الاذن من المولی بسبب کون المعامله معه؛ قال فی الدروس: «

روی فضیل «أنه لو قال لمولاه: بعنی بسبعمائه و لک علی ثلاثمائه لزمه إن کان له مال»

و أطلق

فی صحیح الحلبی (۲)«لزوم الجعاله البائعه»

و قال الشیخ و أتباعه: «و لو قال لأجنبی اشترنی و لک علی کذا لزمه إن کان له مال حینئذ» و هذا غیر المروی، و أنکر ابن إدریس و من تبعه اللزوم و ان کان له مال، بناء علی أن العبد لا یملک، و الأقرب ذلک فی صوره الروایه فلا مانع منها علی القولین، أما علی أنه یملک فظاهر، و أما علی عدمه فأظهر، و نحوه غیره و هو جید جدا.

و منه یعلم النظر فیما ذکره الأستاد أیضا بعد ذلک «من أنه لو قال العبد لسیده:

بعنی أو ملکنی من معین أو مطلقا و لک علی کذا؛ فکما إذا قال للمشتری لما ذکر هناک، و لانه لا یکون لصاحب المال علی ماله مال و ما فی بعض الاخبار مما ینافیه مطرح أو مأول بإراده الوعد و نحوه، لقوه المعارض و لأنه فی الصورتین یلزم علی القول بالصحه أما اشتغال ذمته بالدفع قبل انتقاله، فذلک استحقاق قبل العمل؛ مع أنه لا تصرف له بشی ء ملکناه أولا و إن کان بعده کان ما فی یده للبائع أو للمشتری فلا شی ء له فی الحالین حتی علی القول بملکه، لزواله بانتقاله، فالاستحقاق علیه بعد انتقاله الملزوم لذهاب ماله و استحقاق المطالبه بعد العتق لا تصحح معاملته، لأن الاقدام علیه سفه، و لو جاز ذلک لصحت إجارته و جعالاته و باقی معاملاته».

و هو کما تری فیه نظر من وجوه حتی فی نفی الذمه للعبد علی وجه المزبور، و قاعده عدم استحقاق المال علی المال یمنع شمولها لنحو المقام، و أقصی ما یسلم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۹- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۲.

منها فی جنایه العبـد علی المولی مثلا، فتأمل جیدا و قیل فی مفروض المتن و القائل الشیخ و أتباعه کما سـمعته من الدروس إن کان له مال حین قال له لزم و إلا فلا و هو غیر المروی لما عرفت من مضـمون خبری الفضیل (۱)و الحلبی (۲)فی الجعل للمولی، فلا ریب حینئذ فی ضعفه علی القول بالملک و عدمه لما سمعت و الله أعلم.

و لو قال للمولی أعتقنی فلک علی کذا ففی شرح الأستـاد «توقف شغل ذمه المولی بالإعتاق علی شغل ذمه العبد الموقوف علی الملک للعمل فی ذمه المولی الموقوف علی الإعتاق و أما الکتابه فحکم خاص» و فیه نظر یعرف مما تقدم أیضا و الله أعلم.

[المسأله الثالثه إذا ابتاعه و ماله فإن کان الثمن من غیر جنسه جاز مطلقا]

المسأله الثالثه: قـد تقدم ما یدل علی أن مولی المملوک مثلا إذا ابتاعه و ماله بناء علی أنهما معا ملک له، فإن کان الثمن من غیر جنسه جـازِ مطلقـا و کـذا یجوز بجنسه إذا لم یکن ربویا أو کان الربا بینهما منفیا، و لو کان ربویا و بیع بجنسه علی من یثبت الربا معه فلا بد من زیاده عن ماله تقابل المملوک تخلصا من الربا کما هو واضح، و فی

الدعائم (۳)عن جعفر بن محمـد علیه السـلام «فـإن بـاعه بمـاله و کان المال عروضا و باعه بعین فالبیع جائز کان المال ما کان، و کـذلک إن کـان المـال عینـا و بـاعه بعروض، و إن کـان المـال عینا و باعه بعین مثله لم یجز إلا أن یکون الثمن أکثر من المال، فیکون رقبه العبد بالفاضل، إلا أن یکون المال و رقا و البیع بتبر أو المال تبرا و البیع بورق فلا بأس بالتفاضل، لانه من نوعین»

أما لو قلنا بملکه حقیقه لم یشترط فی الثمن ما ذکر لان ماله حینئذ لیس جزء من المبیع، فلا یقابل بالثمن.

قلت: قد عرفت فیما تقدم أنه کذلک لو اشترط المشتری إبقاء مال العبد له،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۲.

۳- ۳ الدعائم ج ۲ ص ۵۴.

أما لو كان الشرط كون المال للمشترى، فقد سمعت قره جريان الربا فيه أيضا، بناء على جواز هذا التصرف للسيد، فلاحظ و تأمل جيدا هذا. و لكن فى الدروس «و لو اشتراه و ماله صح و لم يشترط عمله و لا التفصى من الربا إن قلنا يملك و إن أحلناه اشترطناه، و روايه زراره مصرحه بإطلاق جواز زياده ماله على ثمنه».

قلت: هى

قول زراره فى الصحيح (۱)لأبى عبد الله عليه السلام «الرجل يشترى المملوك و ما له فقال:

لا بأس به؛ قلت: فيكون مال المملوك أكثر مما اشتراه به قال:

لا بأس به»

و ظاهر الشيخين فى المقنعه و النهايه و المحكى عن سلار الفتوى بمضمونه بل هو مقتضى إطلاق المحكى عن ابن البراج و أبى الصلاح، و مقتضاه حينئذ عدم الربا فى ذلك للصحيح المزبور.

و القدح فى سنده فى المختلف إنما يتم على طريق الشيخ؛ اما على طريق الصدوق فهو صحيح كما ذكرنا، و يكون حينئذ مستثنى من حكم الربا أو يكون ذلك بعنوان الشرط الخارج عن اسم البيع، بناء عى اختصاصه فيما لا يشمل ذلك، أو يكون هذا الصحيح مؤيدا للقول بالملك، فإنه لا ربا عليه إذا كان المراد بقاء المال على الملك العبد؛ قال: فى المحكى عن المبسوط إذا باع عبدا قد ملكه ألفا بخمسمأه صح البيع على قول من يقول أنه يملك، و لو باع ألفا بخمسمأه لم يصح لانه ربا، و الفرق بينهما أنه إذا باع العبد فإنما يبع رقبته مع بقاء ما ملكه عليه؛ فصح ذلك، و لم يصح بيع الالف بخمسمأه أو يكون ذلك مؤيدا لما قلناه من أنه على تقدير الملك، و أن للسيد البيع، و إن كان ملكا للعبد يمكن نفى الربا لما قد عرفت سابقا أو غير ذلك فلاحظ و تأمل جيدا و الله أعلم.

[المسأله الرابعه يجب أن يستبرء الأمه قبل بيعها]

المسأله الرابعه لا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم فى أنه يجب على المالك أو وكيله أو وليه أن يستبرء الأمه قبل بيعها مثلا على الأصح فى لحوق غير البيع به كما ستعرف، إن كان وطأها أى المالك و ما فى المقنعه من التعبير عن ذلك بلفظ ينبغى مما يشعر بالخلاف؛ يصرفه ما فى باب لحوق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

الأولاد منها من التعبير عنه بلا يجوز، و

صحيح علی بن جعفر عن أخيه المروی عن قرب الاسناد(۱)«سألته عن الرجل يشتری الجاريه فيقع عليها أ يصلح بيعها من الغد، قال:

لا بأس»

محمول علی إراده صحه البيع منه، أو علی التی يسقط اشتراؤها باليأس و نحوه أو غير ذلک لمخالفته الفتوی، بل النصوص.

قال الصادق عليه السلام فی صحيح حفص (۲)فی حديث «فی رجل يبيع الأمه من رجل، عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع»

و

سأله أيضا ربيع بن القاسم (۳)«عن الجاريه التی لم تبلغ المحيض و يخاف عليها الحبل؟

قال: يستبرئ رحمها الذی يبيعها بخمسه و أربعين ليله، و الذی يشتريها بخمسه و أربعين ليله»

و قال أيضا

فی الموثق (۴)«الاستبراء واجب علی الذی يريد أن يبيع الجاريه ان كان يطأها، و علی الذی يشتريها الاستبراء أيضا»

الی غير ذلک، و لعله لذا و غير نسب الوجوب المزبور إلی ظاهر روايات أصحابنا.

نعم صرح غير واحد بأنه لو باعها من غير استبراء أثم و صح البيع، لرجوع النهی إلی أمر خارج و لا بأس به، و إن كان لا يخلو من بحث إن لم ينعقد الإجماع علی خلافه، و عليه فالمتجه حينئذ تعين تسليمها إلی المشتری إذا طلبها، لأنها قد صارت ملكا من أملاكه.

نعم فی المسالک احتمال بقاء وجوب الاستبراء قبله، و لو بالوضع علی يد عدل لوجوبه قبل البيع فيستصحب، قال: «و أما بقاؤها عند البائع فلا يجب قطعا؛ لأنها صارت أجنبيه منه» بل فی جامع المقاصد «أنه لا وجه لسقوط الاستبراء عنه؛ فان قيل بعد وقوع البيع صارت حقا للمشتری، فلا يجوز منعه منها قلنا: قد ثبت وجوب الاستبراء سابقا علی البائع فلا يسقط، غايه ما فی الباب أن للمشتری إذا جهل الحال الفسخ، فان قيل: الاستبراء حق لله، و المبيع حق للادمی، و حق الله لا يعارض حق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۸- من أبواب نكاح العبد و الإماء الحديث ۵.

الآدمی، قلنا: الاستبراء حق للبائع فلا یکون حقا لله محضا الی أن قال: و التحقیق أن یقال: إنه لو باع قبل الاستبراء یکون البیع مراعی، فإن ظهر حمل تبین بطلانه، لانه من المولی حیث کانت فراشا له، و إلا ثبتت الصحه، فلا یکون ملکا للمشتری، فلا یتعین التسلیم إلیه، بل و لا یجوز استصحابا لبقاء وجوب الاستبراء».

و هذا واضح لا شبهه فیه، و قد یشکل بأن الحکم فی الظاهر کونها ملکا للمشتری لوجود المقتضی و عدم المانع و لو بالأصل، فلا ریب فی جریان حکم الملک علیه، و منه وجوب التسلیم إلیه مع الطلب، إلا أن الظاهر عدم سقوط الاستبراء عنه، للأصل و وجود حکمه الاستبراء و عدم إراده الوصف المفوت للمأمور به من قوله علیه السلام «قبل البیع» و إنما هو لتمکین البائع من الاستبراء.

و منه ینقدح أنه مع البیع ترتفع سلطنته علی العین، فلیس له حبسها للاستبراء بدون رضا المشتری، فإن کان عامدا فی البیع قبله و لم یتمکن من أرضاه المشتری بالاستبراء، کان آثما و إن تعذر علیه إلا أنه بسوء اختیاره، و طن لم یکن عامدا وجب علیه الاستبراء، کان آثما و إن تعذر علیه إلا أنه بسوء اختیاره، و إن لم یکن عامدا وجب علیه الاستبراء مما یحصل به رضا المشتری؛ فإن لم یتمکن سقط عنه و لا إثم علیه، کما هو مقتضی الضوابط، و من ذلک یعلم أنه لا یجب الوضع عند عدل أو الإبقاء فی ید البائع فی استبراء المشتری قطعا، للأصل و ظاهر الأدله، سواء کانت جمیله أو قبیحه، خلافا لمالک فلم یوجب تسلیم الجمیله؛ و إنما توضع علی ید عدل إلی تمام مده الاستبراء للحقوق التهمه فیها، و لا ریب فی فساده لمخافته لأصول المذهب و قواعده، و لو جامعها المالک بعد العقد قبل القبض فیما یعتبر فیه القبض، فعلیه الاستبراء قبل الإقباض؛ و کذا لو عادت إلیه بفسخ عبد الوطء أو کان قد وطأها قبل تملکها و الله أعلم. هذا.

و المراد باستبراء البائع- من الوطء فی ذلک الطهر بحیضه أو خمسه أو أربعین یوما إن کانت مثلها تحیض و لم تحض هو انتظار حیضتها المتعقب لذلک الطهر ان کانت ممن تحیض؛ و ترک الوطء قبلا و دبرا خمسه و أربعین یوما ان کان مثله تحیض و لم تحض، و لا یجب علیه ترک الوطء فضلا عن باقی الاستمتاعات فی الأول إذ لا ثمره له بعد اشتراط تعقب الحیض.

نعم لو وطأها بعد تمام الحیض احتاج فی جواز البیع إلی انتظار حیض آخر؛

للاستبراء من الوطء المتجدد كما هو واضح، فما فی الریاض و شرح الأستاد من اعتبار ترک الوطء دون باقی الاستمتاعات فی استبراء البائع لا وجه له، نعم هو کذلک فی استبراء المشتری، بل عن المبسوط اعتبار ترک باقی الاستمتاعات فیه أیضا، بل فی التحریر- ما یوافقه-: «من اشتری جاریه حرم علیه وطؤها قبلا و غیره، و تقبیلها و لمسها بشهوه حتی یستبرئها» و عن حواشی الشهید أنه حرم فی الدروس القبله خاصه، و إن کانت النصوص المعتضده بالفتاوی و الأصل و انتفاء وجه الحکمه و المحکی عن الخلاف من إجماع الفرقه و أخبارهم علی خلافهما، ف

فی صحیح محمد بن إسماعیل (۱)«قلت أ یحل للمشتری ملامستها؟ قال: نعم، و لا یقرب فرجها»

و

الموثق (۲)«فیحل له أن یأتیها فیما دون فرجها؟ قال: نعم قبل أن یستبرئها»

و خبر «محمد عن أبی عبد الله» علیه السلام (۳)«لا بأس بالتفخیذ لها حتی تستبرئها و إن صبرت فهو خیر لک»

مع أنه لم نقف علی معارض لذلک؛ سوی ما قیل من قیاس الاستبراء علی العده الذی هو مع کونه مع الفارق لا یجوز العمل به فی مذهبنا و

ما فی الموثق (۴)«عن الرجل یشتری الجاریه و هی حبلی أ یطأها قال: لا قلت: فدون الفرج؟ قال: لا یقربها»

و هو مع أنه فی الحبلی التی لا استبراء فیها یتجه حمله علی الکراهه کما أومی إلیه الخبر الأخیر، فظهر من ذلک الفرق بین استبراء البائع و المشتری فی ذات الحیض، بل ظنی أن الخلاف المزبور فی ضم باقی الاستمتاعات إلی الوطء إنما هو فی استبراء، المشتری دون البائع؛ و إن کان یوهمه عباره التحریر.

نعم قد یتوقف فی اعتبار ترک الوطء دبرا فی الاستبراء، بل و فی الاستبراء منه، للأصل بعد اختصاص الموجب من النص بحکم التبادر و إن کان فیه لفظ الفرج بمحل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۱ لکن عن عبد الله بن محمد.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۵.

الفرض فلاـ يجوز التعـدی إلی الغیر، بـل مال إلیه فی الریاض، فإنه بعـد أن حکی عن بعض المحققین الخلاف فی تعمیم الوطء للـدبر، فخصه بالقبـل، و أنه هو الظـاهر من الحلی حیث أوجب الاسـتبراء بترکه خـاصه للمشتری، قال: «و لا یخلو من قرب إن لم یحصل بوطئ الدبر خوف سبق الماء فی القبل، الموجب لخشیه الحبل، بل حصل القطع بعدمه بالعزل نحوه.

و منه یظهر وجه الإشکال فی التعمیم الـوطء له مع العزل الموجب للقطع بعـدم الحبـل من هـذا الوطء و لاـ فرق فیه بین القبـل و الدبر، قلت: لا أجد خلافا فی اعتبار ترک الوطء فی القبل من الاسـتبراء، و لو مع العزل کما لا أجده فی اعتبار الاسـتبراء منه، إذا کان کـذلک أیضا، لإطلاق النص و الفتوی، و لعله لعـدم القطع بعـدم الحبل منه، و لـذا یلحق به الولد معه، ضـروره إمکان سـبق الماء من غیر شعور، و غیر ذلک.

و منه یتجه حینئـذ ما عند الأصـحاب من اعتبار ترک الوطء فیهما خصوصا بناء علی إمکان تحقق الحبل بالوطی فی الدبر لوجود المسـلک منه إلی الفرج فلا یجـدی حینئـذ العزل کما لا یجـدی لو کان فی الفرج، و فرض حصول القطع بعدم الحبل من الوطء نادر، لا تنزل علیه النصوص و الفتاوی، مضافا إلی أن ذلک هو الموافق للاحتیاط المؤکد طلبه فی الأنساب.

هذا کله مع

ما فی الصحیح (۱)عن أبی الحسن الرضا علیه السـلام «قال: سألته عن رجل یبیع جاریه کان یعزل عنها، هل علیه منها استبراء قال: نعم»

و أیضـا ظـاهر النهی فی النصوص و غیرها التعبـد إذ لیس فی شـی ء منها ما یقتضـی کون ذلک من جهه الحبل علی وجه یکون علیه المدار و دعوی أن المنساق منها ذلک واضحه المنع، خصوصا صحیح العزل الذی لا حمل معه غالبا، ثم إنه لا خلاف أیضا فی حصول الاستبراء بحیضه، بل عن ظاهر الغنیه الإجماع علیه؛ و به نطقت النصوص أیضا، فما

فی الصحیح (۲)«عن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۵.

جاریه تشتری من رجل مسلم یزعم أنه قد استبرأها أ یجزی ذلک أم لا بد من استبرائها؟

قال: یستبرئها بحیضتین»

و

الصحیح (۱)عن الرضا علیه السلام «قال: سألته عن أدنی ما یجزی من الاستبراء للمشتری و

البائع قال: أهل المدینه یقولون حیضه، و کان جعفر علیه السلام یقول حیضتان»

فشاذ مردود بصریح النصوص و الفتاوی، و فحوی ما دل علی الاکتفاء بتام الحیضه أو محمول علی الندب، کما یومی إلیه فی الجمله

موثق سماعه(۲)«سألته عن رجل اشتری جاریه و هی طامث أ یستبرئ رحمها بحیضه أخری أو یکفیه هذه الحیضه، قال لا بل تکفیه هذه الحیضه، فإن استبرأها بأخری فلا بأس هی بمنزله فضل»

و لعل العامه فی المدینه کانوا ینکرون استحباب الحیضتین، و أما المده فلا خلاف نصا و فتوی فی الاکتفاء بها، إلا من المفید فی المقنعه فی المقام فجعلها ثلاثه أشهر، و هو مع أنه مخالف لأصاله عدم الزائد فی وجه،- و لا مستند له سوی القیاس علی الحره المطلقه، المردود بأن مقتضاه القیاس علی الأمه المطلقه؛ و عدتها إذا لم تکن مستقیمه الحیض خمسه و أربعون یوما بالإجماع و الاخبار- قد وافق الأصحاب فی باب لحوق الأولاد من المقنعه، و لو شک فی انتهاء المده و عدمه، فالأصل مع الثانی و هو غیر أصاله عدم الزائد المتقدمه و من

خبر عبد الله بن سنان (۳)«سأل أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یشتری الجاریه و لم تحض فقال: یعتزلها شهرا إن کانت قد مست»

المحمول فی الوسائل علی الغالب من حصول الحیضه فی الشهر و إن کان بعیدا، و یمکن

حمله علی مجهوله البلوغ بإراده الندب من الاعتزال المزبور احتیاطا هذا.

و قد اتفق ما عثرنا علیه من الفتاوی علی التعبیر بالیوم کبعض النصوص لکن فی آخر لیله، و یمکن إرادته منها، و الظاهر دخول المنکسر بعد التلفیق، کما فی غیره، و فی شرح الأستاد أنه تدخل فی الخمسه و أربعین اللیالی المتوسطه دون الاولی، و الآخره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۲.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ٤.

و المنكسر لا يحسب يوما مستقلا، و يقوى احتسابه بالإكمال، و هو جيد و الله أعلم.

و كذلك يجب على المشترى استبراء الأمه بما عرفت إذا جهل حالها بالنسبه إلى وطئ المالك الذى لم يستبرئها منه و عدمه، فضلا عما إذا علم حالها أنها كذلك، من غير خلاف يعرف فيه؛ بل الإجماع بقسميه عليه، كما أن النصوص كادت تكون متواتره فيه، بل

فى بعضها(۱)«إن الذين يشترون الإماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرؤوهن فأولئك الزناه بأموالهم»

أما إذا علم العدم ففى الرياض «لا يجب اتفاقا نصا و فتوى» و المراد العلم بعدم وطئ خصوص المالك؛ و إن قام احتمال وطئ غيره، و هو كذلك، للأصل السالم عن المعارض بعد الاقتصار فى النصوص على المتيقن.

نعم قد يشكل الحال فيما إذا علم وطئ غير المالك لها بغير زنا، فان سقوط الاستبراء فيه و العده كما يقتضيه ظاهر بعض الفتاوى هنا فى غايه الإشكال، بل جزم الأستاد فى شرحه بوجوب الاستبراء فيه، و هو ظاهر كلامهم فى باب النكاح، بل هو متقضى كونه وطئا محرما، و قد علم من وضع العدد و الاستبراء و نحوهما عدم إراده الشارع اختلاط الأنساب، بل يمكن دعوى كون ذلك مجمعا عليه بينهم؛ على أن ذلك هو مقتضى إطلاق أدله الاستبراء، و

فى صحيح الحلبى (۲)عن الصادق (ع) «فى رجل اشترى جاريه لم يكن صاحبها يطأها أ يستبرئ رحمها؟ قال: نعم»

اللهم إلا أن يحمل على اخبار صاحبها بذلك و لم يكن ثقه مأمونا.

نعم قد يتوقف فى أن الواجب العده أو الاستبراء، و هو مبنى على تحقيق كون أيهما الأصل فى الإماء و مع فرض عدم ثبوت ذلك يتجه مراعاه الأصول فى مقتضى كل منهما؛ فلا يجوز الوطء حتى تمضى مده العده، للأصل، و لكن لا يجرى حكم العقد فى العده

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۵-.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

و هكذا، و مقتضى خبر الحسن بن صالح (۱)الاكتفاء بالحيضه و إن سبق النكاح، و قد ذكرنا فى كتاب نكاح الإماء ما له مدخليه فى المقام فلاحظ و تأمل.

و لاـ يجب على البائع الاستبراء من احتمال وطئ غيره، للأصل، أما مع العلم بالمحترم منه فقد يحتمل القول بالاستبراء فيه، لكن مقتضى الأصل و ظاهر المتن و غيره بل صريح بعضهم خلافه؛ فصار الفرق بين البائع و المشترى أن الأول إنما يجب الاستبراء عليه من وطئه خاصه إذا أراد البيع دون وطئ غيره المعلوم، فضلا عن المحتمل؛ و أما المشترى فيجب عليه من وطئ المالك المعلوم أو المحتمل، و من وطى الغير إذا كان معلوما محترما دون المحتمل، لكن تحصيل تمام هذا التفصيل من النصوص لا يخلو من إشكال، و إن كان الحكم فى البائع موافقا للأصل، كموافقه عدم وجوب الاستبراء على المشترى من احتمال وطئ الغير؛ لكن إطلاق النصوص لا ينطبق على ذلك، اللهم إلا أن تنزل عليه بمعونه الفتاوى فتأمل.

ثم إن المشهور نقلاـ و تحصيلا عدم اختصاص الاستبراء بالبيع بل كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبه أو إرث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك وجب عليه قبل وطئها الاستبراء، و عن الخلاف الإجماع عليه، بل قيل: إنه إى الإجماع قد يظهر من الغنيه أيضا، خلافا للمحكى عن ابن إدريس فخصه بالبائع و المشترى، للأصل لكن المحكى عنه فى باب السراسرى موافقه الأصحاب، فتكون المسأله حينئذ إجماعيه، و لذلك يتأيد فهم التعديه من النصوص و أن ذكر البيع فيها مثال.

خصوصا فى نحو صحيح الحلبى (۲)و خبر عبد الله بن عمر(۳)و غيرهما مضافا إلى

خبر الحسن بن صالح (۴)عن الصادق عليه السلام «نادى منادى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يوم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۸.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

أوطاس استبرؤا سبایاکم بحیضه»

متمما بعدم القول بالفصل و کذا بالنسبه إلی البائع فیلحق به حینئذ الواهب و المصالح و غیرهما، و لو کان العقد موقوفا علی الإجازه تعلق الحکم بها فیتوقف إیقاعها علیه، قیل: و یختلف حال الکشف و النقل هنا، فی بعض الأحوال.

و علی کل حال فلو وطأها قبل الاستبراء عامدا أو غافلا لحق به الولد علی ما صرح به غیر واحد، لأنها فراشه حینئذ، و قد یحتمل بقاء فراش الأول تمام مده الاستبراء کما یومی إلیه الحکم بکون المالک زانیا فیما سمعته سابقا من النص، و علیه ینجه عدم سقوط وجوب الاستبراء عنه بعد الوطء بل احتمل وجوبه علی الأول: لإطلاق الأدله، و فیه أنه لا فائده له حینئذ، و یمکن منع شمول الإطلاق له، فتأمل.

و فی شرح الأستاد «أنه یقوی عدم السقوط مع العزل و عدم الامناء أو الوطء قبل البلوغ فبلغ قبل انقضاء المده» و هو جید، و فیه أیضا «انه لو وطئ أحد الشریکین لم یبعد سقوط الاستبراء فی منقوص الوطء لو اشتری حصه شریکه و لعله للحوق الولد به؛ فاستبراء

علیه من احتمال وطئ الشریک؛ و لو أراد الشریک شراء حصه الواطئ فقد یقال: إن المتجه عدم الاستبراء إذا کان زنا، و إن لحق به الولد و إلا اتجه الاستبراء لکن التصریح فی النص بعدم جواز الشراء حتی یحصل الاستبراء فلاحظ.

و تأمل هذا.

و قد ینزل علی ما سمعته فی أصل المسأله

خبر الصیقل (۱)قال: «سمعت الصادق علیه السلام یقول: و قد سئل عن رجل اشتری جاریه ثم وقع علیها قبل أن یستبرئ رحمها قال: بئس ما صنع یستغفر الله و لا یعود، قلت: فإن باعها من آخر و لم یستبرئ رحمها ثم باعها الثانی من رجل آخر فوقع علیها، و لا استبرئ رحمها فاستبان حملها عند الثالث؟ فقال: أبو عبد الله علیه السلام الولد للفراش و للعاهر الحجر»

فإن أرادته الأخیر هذا، و الذی یقتضیه أصول المذهب و قواعده عدم الفرق بین

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث ۳.

الجاریه مـده الاسـتبراء و غیرها، فی کون التلف من البائع إذا لم یقبضـها المشتری و إلا کان منه إذا لم یکن مختصا بالخیار، فما عن المفیـد و النهایه من إطلاق کون التلف من البائع إذا تلفت معزوله عنـد انسان للاسـتبراء فی غیر محله، إلا أن ینزل علی عدم وکاله الإنسان عن المشتری فی القبض، و کذا مع

عنهمـا و ابن حمزه و الفاضـل فی بعض کتبه من أن النفقه مـده الاسـتبراء علی البـائع، إذ المعهود منهـا تبعیتهـا للملـک، فالمتجه کونها علی المشتری حتی لو وضعت علی ذی عدل؛ خلافا للمحکی عن الفاضل فجعلها علی البائع معه و الله أعلم.

و کیف کـان ف یسـقط استبراؤها بـالعلم ببراءه الرحم، بـل لاـ موضوع له حینئـذ و إذا أخبر الثقه أنه اسـتبرأها أو لم یطأهـا علی المشهور، بل عن ظاهر الغنیه الإجماع علیه، للمعتبره المستفیضه المحمول مطلقها- ک

قول العبد الصالح علیه السلام فی خبر محمد بن حکیم (۱)«إذا اشتریت جاریه فضمن لک مولاها أنها علی طهر فلا بأس أن تقع علیها»

- علی مقیده بالوثاقه، ک

حسن حفص البختری (۲)عن الصادق علیه السلام «فی الرجل یشتری الأمه من رجل فیقول إنی لم أطأها فقال:

إن وثق به فلا بأس أن یأتیها»

و ک

صحیح أبی بصیر(۳)«قلت للصـادق علیه السـلام الرجـل یشتری الجاریه و هی طاهر و یزعم صاحبها أنه لم یسـمها منـذ حاضت؟ فقال: إن ائتمنه فلیسمها»

ک

قوله علیه السلام فی خبر ابن سنان (۴)«إن کان عندک أمینا فسمها»

و

فی المقنعه روی (۵)«أنه لا بأس للإنسان أن یطأ الجاریه من غیر اسـتبراء لها إذا کان بائعها قـد أخبره باسـتبرائها و کان صادقا فی ظاهره مأمونا»

لکن

قال:

ابن سنان (۶)للصادق علیه السلام «أ فرأیت ان ابتاع الجاریه و هی طاهر و زعم صاحبها أنه لم یطأها منذ طهرت؟ فقال: إن كان عدلا أمینا فسمها، و قال: إن ذا الأمر شدید

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب نكاح العبید و الإماء الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب نكاح العبید و الإماء الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب نكاح العبید و الإماء الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب نكاح العبید و الإماء الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب نكاح العبید و الإماء الحدیث ۶.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب نكاح العبید و الإماء الحدیث ۲.

فإن كنت لا بد فاعلا فتحفظ لا تنزل عليها»

و عن بعضهم أنه حمله على كونه أمينا بحسب الظاهر، لا المعاشره، و لعل حمله على الندب أولى.

و على كل حال فظاهر النص و الفتوى اعتبار كون المخبر، البائع مع ذلك، لكن فى شرح الأستاد أنه يسقط الاستبراء بشهاده عدلين و بإخبار ولى المشترى أو لكن فى شرح الأستاد

أنه يسقط الاستبراء بشهاده عدلين و بإخبار ولى المشترى أو وكيله و إن لم يكونا ثقتين، و كذا لو أخبر الثقه ذكرا كان أولا، مالكا كان أولا، بالاستبراء كما ينسب إلى الأكثر، و يظهر نقل الإجماع فيه للأصل الجارى على بعض الوجوه و للأخبار و هو كما ترى، و عليه فرع أنه لو تعارض خبر الثقتين و أحدهما مالك احتمل ترجيحه، و ترجيح خبر المثبت أو النافى، ثم قال: و لو اختلف الشركاء فيها أخذنا بالترجيح، كما لو اختلف الخارجون و مع التساوى يلزم الاستبراء هذا.

و فى أكثر العبارات الثقه كالمتن، و فى بعض منها العدل، و فى جامع المقاصد أنه المراد من الثقه. لأن غير العدل لا يعد ثقه، و فى الأخبار اعتبار وثوق المشترى، و لا ريب أنه لا يتحقق الوثوق غالبا بدون العداله، و احتمل ثانى الشهيدين الاكتفاء بمن تسكن إليه النفس، و تثق بخبره، بل جزم به بعض متأخرى المتأخرين لخلو النصوص عن اعتبار الثقه بمعنى العدل، سوى ما

عن الفقه المنسوب إلى الرضا عليه السلام (۱)الذى لم تثبت حجيته، قال: «إن كان البائع ثقه و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقته، و إن لم يكن ثقه استبرأها المشترى بحيضه».

و فيه أنه يمكن أن يكون ما فى النصوص من الموثوق و لأمانه إشاره إليه، مضافا إلى ما سمعته من خبر ابن سنان، و ظاهر الأستاد فى شرحه الفرق بين الوثاقه و العداله فقال: «و فى الاكتفاء بمجرد الوثاقه كما فى ظاهر

الأكثر و يظهر من أكثر الأخبار للتعبير بلفظها فى بعضها، و بالأمانه منفرده أو مع قيد الصدق فى بعض آخر منها وجه قريب، و اعتبارها بشرط العداله كما صرح به بعض، لان الظاهر

۱- ۱ المستدرك ج ۲ ص ۴۸۶.

من إطلاق الوثاقه دخول العداله فيها أقرب، و أما الاكتفاء بمجرد العداله كما يظهر من إطلاق آخرين فبعيد، و يمكن إراده الوثاقه منها و الاجتزاء بذكرها عنها» و فيه ما قد عرفت من أن ظاهر الفتاوى اتحاد المراد منهما؛ و أما النصوص فتحتمل ذلك؛ و تحتمل إراده من تسكن إليه النفس، و الأول أولى فاحتمال إراده أمر زائد على العداله بعيد عن النص و الفتوى.

و على كل حال ففيه أيضا أنه لو أخبر عدل و فسق قبل الوطء عول عليه، بخلاف العكس، إلا أن يعيد الخبر و لو وطئ اعتمادا على الخبر فعدل أو خرج عن العداله فلا استبراء، و لو كذب فى دعوى الاستبراء ثم ظهر الحمل منه ردت إليه و رجع المشترى بالثمن و كل غرامه غرمها، أما لو علم بكذبه فأقدم رجع بالثمن مع بقائه و فى الرجوع به مع التلف و بالغرامه وجهان، و مع العلم بفسقه و عدم المعذوريه شرعا يضعف احتمال عدم الرجوع و إن عصى فى وطئه، و فى اعتبار خبر الأمه مع الوثاقه وجهان، أقواهما القبول، و هو جيد فى البعض، لا يخلو من نظر فى الأخر.

و كيف كان فقد ظهر لك من ذلك ضعف ما عن ابن إدريس و فخر الدين من وجوب الاستبراء و إن أخبر الثقه، لنصوص ما بين قاصره السند أو ضعيفه الدلاله، أو مخالفه للمجمع عليه فى الظاهر، كصحيح الحيضتين (۱)المتقدم سابقا و كصحيح الحلبى (۲)المحمول كما عرفت على عدم أمانه المخبر أو على الاستبراء من وطئ غير المالك، و أما

الخبر(۳)«أشترى الجاريه من الرجل المأمون فيخبر فى أنه لم يمسها منذ طمثت عنده و طهرت؟ فقال: ليس بجائز أن تأتيها حتى تستبرئها بحيضه»

فيجب حمله على الندب الذى أشعرت به بعض النصوص السابقه بل أو يطرح لقصوره

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب بيع الحيوان الحديث ۵.

عن المعارضه من وجوه لاتخفى، كما أنه قد ظهر لك أيضا مما ذكرنا من النصوص أنه لا فرق فى الاخبار بين كونه بعدم الوطء الموافق للأصل و بالاستبراء المخالف له، لا ـ انها تضمنت الأول خاصه، و الحق الثانى به، حتى يتجه ما يقال من وضوح الفرق بينهما، و الله أعلم.

و كذا يسقط استبراؤها عن المشترى لو كانت الجاريه لامرأه على المشهور بين الأصحاب نقلا و تحصيلا شهره عظيمه، للأصل و المعتبره المستفيضه منها

الصحيح (۱)«عن الأمه تكون لامرأه فتبيعها؟ قال: لا بأس أن يطأها من قبل أن يستبرأها»

و نحوه الموثق كالصحيح بل قيل أنه صحيح، و

فى صحيح زراره(۲)«اشتريت جاريه بالبصره من امرأه فخبرتنى أنه لم يطأها أحد فوقعت عليها و لم استبرئها، فسألت عن ذلك أبا جعفر عليه السلام فقال: هو ذا، أنا قد فعلت ذلك و ما أريد أن أعود».

نعم فى الرياض أنه ربما يستشعر منه أشراط الحكم هنا بعدم معلوميه وطئ فى ملك الامرأه بتحليل و نحوه بل مطلقا و مقتضاه وجوب الاستبراء عند عدم الشرط و لعله كذلك و يعضده انسحاب وجه الحكمه هنا أيضا إلا أن مقتضاه الاكتفاء باحتمال الوطء لا اشتراط العلم به، و لا ريب أنه أحوط إذا لم تخير بعدم الوطء بل مطلقا كما عن الحلى و فخر المحققين، و إن كان فى تعيينه نظر لإطلاق الصحيحين الأولين المعتضدين بالأصلين، و بإطلاق الفتاوى فيقيد بهما الحكمه إن عمت، مع أن عمومها محل نظر، لاحتمال الخوف الذى هو الأصل فيها الغالب فى الشراء من الرجل، لا مطلقه، و ينبغى القطع باشتراط عدم المعلوميه التقاتا إلى الحكمه، و عليه ينزل الإطلاقات و يفرق حينئذ بين الشراء منها و من الرجل بوجوب الاستبراء فى الثانى مطلقا إلا مع أعلم، أو ما فى حكمه بعدم الوطء أصلا، و عدمه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۲.

فى الأول كذلك إلا مع العلم بدخول المحترم أو المطلق، و هو الأقوى».

قلت لا بأس بتنزيل إطلاق النص و الفتوى على ذلک، لخوف لزوم الفساد باختلاط الأنساب الذى هو الحكمه فى وضع العدد و الاستبراء؛ كما استفيد من تتبع الاخبار و كلام الأصحاب فى تضاعيف الأبواب، لكن قد يقال أن المتيقن من تقيدهما إذا علم حصول وطئ محترم لم يتعقبه حيض، و إلا فالعلم بالتزويج أو التحليل أو نحو ذلک أعم منه، و الأصل براءه الذمه من الاستبراء، مضافا إلى إطلاق النص و ليس فى صحيح زراره ما يصلح للتقييد.

نعم قد يقال بملاحظه كلامهم فى باب النكاح أنه من المعلوم وجوب العده أو الاستبراء لكل سبب مزيل للنكاح، و إن كان باختيار المشترى الفسخ فلاحظ و تأمل.

و على كل حال فيلحق بها كل من لا قابليه له للوطء لصغر أو كبر أوجب أو عنن أو عروض مرض، لا للقياس الباطل فى مذهبنا، بل لما عرفت من اشتراط الاستبراء بالعلم بوطئ المالک، أو احتماله أو العلم بوطئ محترم من غيره لم يتعقبه حيض مثلا و لو بالاستصحاب، فما فى المسالک «من أن المناسب للأصول الشرعيه عدم الإلحاق» فى غير محله، خصوصا بعد قوله فيها: «و ليس من مواضع الاشكال ما لو باعتها المرأه لرجل فى المجلس فباعها حينئذ، بل لا يجب الاستبراء هنا قطعا، للعلم بعدم وطئ البائع ثم قال: و قد يحتال لسقوط الاستبراء ببيعها لامرأه ثم شراؤها منها، لاندراجها حينئذ فى أمه المرأه نظرا إلى إطلاق النص من غير تعليل، و كذا لو باعها لرجل ثم اشتراها منه قبل وطئه لها، حيث يجوز ذلک».

و قد تبع فى بعض ذلک الكركى فى مجامعه فإنه قال: «و قد يحتال لإسقاط وجوب الاستبراء فى غير حديث، و منها- بيعها من امرأه ثم شراؤها منها- لاندراجها فى أمه المرأه، و لو ألحقنا بالمرأه غيرها كالطفل أمكن ذلک. و لو باعها لرجل ثم اشتراها

منه حيث يجوز، أمكن الحكم بالسقوط أيضا، و منها- ما لو زوجها فطلقها الزوج قبل الدخول فإنها مطلقه غير مدخول بها، فلا عده و لا استبراء عليها، و ما كان واجبا قبل ذلك فقد سقط بالعقد عليها، مع احتمال بقاء الوجوب هنا، نعم لو باعها لغيره ثم تزوجها منه أو ألحه وطأها فإنه لا استبراء هنا، لان النكاح لا يجب الاستبراء قبله، إلا أن يعلم الوطء، و لهذا لو أعتقها جاز أن يتزوجها في الحال، فلو شراها حينئذ فلا استبراء، لما عرفت من أن السابق قد سقط، و اللاحق لا يقتضى وجوب الاستبراء حينئذ، و هذا وجه قوى، و يكون هذا من المواضع التى يسقط فيها الاستبراء» قلت: و لكن يبغى أن يعلم أولا أن ذلك كله إلا لم يعلم بالوطى المحترم الذى يجب الاستبراء منه، و إلا فلا حيله لإسقاطه على الظاهر، كما أومى إليه الفاضل المزبور فى حيله التزويج، و إن كان مقتضى بعض إطلاقات الحيل المزبوره سقوطه، إلا أنه لا بد من تقييده، لما عرفت من اختلاط الأنساب، كما أنه يبغى أن يعلم أن الاستبراء الواجب على المشترى و لو باحتمال وطئ المالک إنما هو للوطء، أما البيع و نحوه فلا يجب الاستبراء له عليه، فيجوز له حينئذ بيعها قبله، فإذا باعها من الامرأه أو الرجل ثم شراها منه فى المجلس مثلا سقط الاستبراء الاحتمالى عنه، لاحتياج عود وجوبه عليه إلى دليل.

لكن و مع ذلک ففى النفس منه شى ء خصوصا فى أمر الفروج المأمور بشده الاحتياط فيها، مخافه اختلاط الأنساب، بل قد يقال: إن السقوط من جهه صدق كونها جاريه امرأه لا ينافى الثبوت من حيثيه أخرى، و هى أنها جاريه قد اشتريت ممن يجب استبراؤها منه لاحتمال الوطء، بل نحو ذلک يجرى أيضا فى باقى الحيل، و إن اختلف قوه و ضعفا، بل ربما كان فى بعضها من تعارض العموم من وجه فتأمل جيدا.

و طريق الاحتياط الذى هو ساحل بحر الهلكه غير خفى، و تسمع إنشاء الله فى كتاب النكاح جمله من الكلام فى ذلک، و الله أعلم.

و بالجمله يسقط استبراؤها بذلک أو كانت فى سن من لا تحيض لصغر

فلم تبلغ التسع أو ل کبر بلغت حد الیأس، بلا خلاف أجده فی شی ء منهما، و قد

سأل عبد الرحمن (۱)أبا عبد الله علیه السلام «عن الرجل یشتری الجاریه التی لم تبلغ حد الحیض أو لم تحض؟ فقال: لا عده علیها»

الحدیث، و

قال له أیضا عبد الله بن عمر(۲)«الجاریه الصغیره یشتریها الرجل و هی لم تدرک، أو قد یئست من المحیض؟

فقال: لا بأس بها أن لا یستبرأها»

و نحوه رواه الصدوق (۳)مرسلا عن الباقر علیه السلام؛

و قال الصادق علیه السلام أیضا فی صحیح الحلبی (۴)«فی رجل ابتاع جاریه لم تطمث إن کانت صغیره لا یتخوف علیها الحمل فلیس علیها عده فلیطأها؛ إن شاء»

و قال أیضا

فی خبر ابن أبی یعفور(۵)«فی الجاریه التی لم تطمث و لم تبلغ الحمل ان اشتراها الرجل لیس علیها عده یقع علیها»

و المراد من التی لم تبلغ الحیض و یخاف علیها

فی خبری ربیع ابن القاسم (۶)و منصور بن حازم (۷)«الذی أمر فیهما بالاستبراء بالمده

من بلغت تسعا، و لکن لم تبلغ المعتاد من زمن الحیض، فان مثلها تستبرئ بالمده»

کما فی الخبرین المزبورین، إذ المراد بالصغیره عندنا من لم تبلغ ذلک خلافا لبعض متأخری المتأخرین فمن لم تبلغ الحیض عاده، و النص و الفتوی بخلافه، کما تسمعه فی باب العدد و غیرها من محاله، کما أن المراد ممن لم تخص أو قعدت عن الحیض

فی خبر عبد الرحمن بن أبی عبد الله (۸)عن الصادق علیه السلام، «من کانت فی سن من تحیض و لم تحض، قال: فیه «فی الرجل یشتری الجاریه و لم تحض أو قعدت عن المحیض کم عدتها قال: خمس و أربعون لیله»

و إن کان المراد فی خبره السابق الصغیره و الیائسه، فلا تنافی حینئذ بین النصوص، بناء علی ما ذکرنا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱۰.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۳.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۷.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۲.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۶.

نعم قد يستشكل فی النصوص السابقه بظهورها فی جواز وطئ الصغيره و هو معلوم البطلان، بناء علی تفسير الصغيره بما ذكرنا، و يـدفع بمنع ظهورهـا فی ذلـک، بـل يمكن حملهـا علی إراده أنهـا صـغيره عنـد البائع ثم بلغت عنـد المشتری، و لا مانع من حيث الاستبراء، أو يراد لا استبراء عليها، و إن وطأها البائع محرما أو غير ذلک، مما يمكن تنزيلها عليه،

كما أنه قد يستشكل فی خصوص مضمر سماعه(۱)الذی هو ما

فی صـحيح الحلبی (۲)عن الصـادق عليه السـلام «فی جـاريه لم تحض قـال أمرهـا شديـد، غير أنه إن أتاهـا فلاـ ينزل عليها حتی تستبين له إن كان بها حبل، قلت: و فی كم تستبين له حبل؟ قال: فی خمسه و أربعين ليله»

؛ لأن قوله فيهما «لم تحض» إما أن يراد به الكتابه عن الصغيره، أو البالغه و لكن لم تحض فعلا، و الأولی لا يجوز وطؤها و لو مع عدم الإنزال، كالثانيه قبل الاستبراء بالمده.

و يمكن دفعه بأن المراد عـدم الوطء فی الفرج من عـدم الانزال، و شده الأمر حينئذ باعتبار عسـر الصبر فی هذه المده، أو بما فی الحـدائق من أن المراد أنه اشتری الجـاريه بعـد افتضاضـها و زوال بكارتها و لكن فی ظنه أنها لم تبلغ سـيما مع عـدم طمثها فقال عليه السـلام: «إن هـذه باعتبار عدم معلوميه البلوغ و عدمه محل إشـكال، و أمرها شديد» سـيما إذا كانت مثلها و من هی فی قدر جثتهـا و صورتهـا يحصـل له الحمـل، فـالواجب الاسـتبراء كما أومی إليه قال: خبر منصور و غيره فی التی لم تبلغ الحيض و لكن يخـاف عليهـا إذا كـانت بهـذه الكيفيه، فيكون المراد من قوله لم تحض عـدم العلم بـالبلوغ بـالحيض، و إن كـانت للبلوغ بالسـن محتمله، و شده الأمر حينئذ من حيث أصاله عدم البلوغ، و من حيث خوف الحمل فالذی ينبغی حينئذ استبراؤها، فإن أتاها فالذی ينبغی له العزل عنها، لكنه كما تری فيه ما فيه، و يمكن أن يراد ممن لم تحض فيه

البالغه عددا لكنها لم تبلغ الحيض؛ و شده أمرها باعتبار عدم الحيض؛ و هذه و إن كان الواجب استبراؤها بالمده، إلا أنه لو أثم و أتاها ينبغی أن يعزل عنها مخافه اختلاط الأنساب فتأمل جيدا و الله أعلم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱ و ذيله.

أو كانت الأمه المشتراه مثلا حائضا فإنه يسقط استبراؤها فيجوز له وطؤها إلا زمان حيضها على المشهور بين الأصحاب قديما و حديثا شهره عظيمه فيكتفى فى جواز وطئها بإتمام حيضها؛ كما عن الخلاف الإجماع عليه، لا لان ذلك استبراؤها، بل لعدم جواز الوطء حال الحيض؛ و

فى موثق سماعه(۱)«سألته عن رجل اشترى جاريه و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أو تكفيه هذه الحيضه فقال: بل تكفيه هذه الحيضه، فإن استبرأها بحيضه أخرى فلا بأس هى بمنزل فضل»

و

فى صحيح الحلبى (۲)«سألت الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جاريه و هى حائض فقال إذا طهرت فليسمها إن شاء».

خلافا لابن إدريس فلم يكتف بإتمام الحيضه، و كأنه اجتهاد فى مقابله النص بل و الاعتبار، ضروره أنه إذا كان الاستبراء يحصل بالحيضه فمع فرض أنه اشتراها حائضا قد علم بذلك

براءه رحمها، فهى كالجاريه التى علم أن البائع قد استبرأها أو لم بطأها كما هو واضح، هذا و فى النافع يجب على البائع استبراء الأمه قبل بيعها بحيضه و مزجها فى الرياض فقال واحده إن لم تبع فى أثنائها و إلا فيكفى تمامها على الأشهر الأقوى.

و فيه أن خلاف ابن إدريس فى المشترى على الظاهر، و لعل قوله على الأشهر الأقوى راجع الى الاتحاد، فان المحكى عنه اعتبار التعدد، فلاحظ و تأمل.

نعم قد يستشكل فى الاكتفاء بإتمام الحيضه إذا وقع الوطء من المالك فى أثناء الحيض عصيانا، اللهم إلا أن يقال: إن إطلاق ما دل على الاكتفاء و إن كان منصرفا إلى غير الفرض، لكن قد يمنع شمول ما دل على الاستبراء لنحوه أيضا، فيبقى على أصل البراءه فتأمل و الاحتياط لا ينبغى تركه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

أو حاملا أی و كـذا يسـقط اسـتبراؤها إذا كانت حاملا، ضـروره معلوميه مشـغوليتها بالحمل، و لا فائده للاسـتبراء المفسـر بترك الوطء حتى يتبين حالها. نعم لو فسـر بترك الوطء حتى يبرء رحمها مما اشتغل به من ماء أو حمل، أمكن القول بأن ترك الوطء للحامل حينئذ حتى تضع أو إلى مضـى المده كما سـتعرف الخلاف فيه للاسـتبراء بهذا المعنى، و لعل مراد المصنف و غيره ممن أسقطه عنها بالاستبراء ما ذكرناه أولا و لذا قال:

نعم لا يجوز وطئ الجاريه الحامل قبلا بما يسـمى وطيا فيه عرفا، إلا أن يكون من الافراد النادره الى لا ينصـرف إليها الإطلاق بل لولاـ ظهور الفتـاوى فى الإطلاـق لأمكن دعوى إراده المشـتمل منه على الامناء من النصوص، و لا فرق فى الحامل بين أن يكون حملهـا بحر أو مملوك أو مبعض، قبـل أن يمضـى لحملها أربعه أشـهر و عشـره أيام وفاقا للمقنعه و النهايه و الوسـيله و الكافى و المنافع و المفاتيح و الغنيه إلا بشـرط العزل، و الإرشاد و التحرير و الإيضاح و إيضاح النافع و المفاتيح و الغنيه إلا بشرط العزل، و الإرشـاد و لتحرير و و الإيضـاح و إيضاح النافع و المسالك فى الجمله على ما حكى عن بعضـها، و إن اختلفت فى التقييـد و فى القبل و عدمه.

فترك فى السنه الأول، و لعله مراد له و فى زياده العشره و عدمها، فتركت فى الأول و الرابع و الخامس و السابع، بل فى الدروس المشـهور أنه يسـتبرئها بـأربعه أشـهر و عشـره أيام وجوبا عن القبل لا غير، و فى ظاهر الغنيه الإجماع على ما فيها و فى الرياض لا ريب فى الحمره قبـل انقضـاء هـذه المـده، للمعتبره المسـتفيضه التى كـادت تكون متواتره المعتضـده بالشـهر العظيمه، بـل ظـاهر المصـنف و الأكثر، بل نسـبه غير واحد إلى الأصحاب عدم الفرق فى ذلك بين الزنا و غيره بل لا أجد خلافا فى التحريم فيها إلا من الشـيخ فى الخلاف عليها، و من الفاضل و ثانى الشهيدين و غيرهما فى خصوص الحمل من الزنا، فالكراهه فيها أيضا، و ربما الحق المجهول به لكن ليس فى شى ء مما وصل

إلينـا من نصوص المسـأله إشـاره إلى الفرق بين لا زنا و غيره، فضال معن المجهول، بل ربما كان ظاهرها خلافه، خصوصا ترك الاستفصال مع انصراف الحمل إلى النكاح الصحيح كما فى سائر أفعال المسلمين، و عدم الحرمه لمائه انما هو بالنسبه إلى إلحاق الولد الصحيح كما فى سائر أفعال المسلمين، و عدم الحرمه لمائه انما هو بالنسبه إلى إلحاق الولد و عدمه.

لا بالنسـبه إلى وطئ من علم حملها منه، المعلل بتغذيه الولد و نحوه، و دعوى أن المعهود من الشـرع إلغاء اعتبار الزنا فى العده و الاسـتبراء يمكن تسـليمها فى غير المقـام و غيره ممن نفى الاسـتبراء عن الحمل بل منع فى الحـدائق عـدم العـده و الاسـتبراء للزنا محتاج ب

خبر حريز(۱)«قـال لأـبى عبـد الله عليه السـلام: الرجـل يفجر بالامرأه ثم يبـدو له فى تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال: نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور، فله أن يتزوجها و انما يجوز له تزويجها بعد الوقوف على توبتها»

و

ما رواه الحسن بن على بن شعبه فى كتاب تحف العقول (۲)فقال: «يدعها حتى يستبرئها من

نطفته و نطفه غيره إن لاـ يؤمن منهـا أن تكون قـد أحـدثت معه، ثم يتزوج بها إذا أراد، فإن مثلها مثل نخله أكل رجل منها حراما ثم اشتراها فأكل منها حلالا»

و إطلاـق مـا دل على وجوب العـده و الغسل و المهر و الرجم بالـدخول، و أن العـده من الماء و إن كان هو كما ترى، بل ينبغى الجزم بـإراده لنـدب من الخبر الأول؛ إذ لا اسـتبراء عليه من ماء بل و الخبر الثانى خصوصا بعـد اسـتفاضه النصوص بإطلاق جواز تزويج الزانيه.

نعم قـد يقـال فى خصوص المقـام بحرمه الوطء و إن كـان الحمـل من زنا، لا للعـده و الاسـتبراء، بل لا طلاق النصوص، و عـدم إشـعار شى ء منها به، كما أنه قد يقال إن ظاهرها مجهوله حال الحمل على وجه لم يعلم كونها من ذات العده بالوضع، كالمطلقه و نحوها،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب ما يحرم بالمصهره و نحوها الحديث- ۴.

۲- ۲ تحف العقول ص ۳۳۸ المطبوع بالنجف الأشرف سنه ۱۳۸۵.

أو من غيرهـا كالحامـل من زنـا؛ بناء على عـدم العـده له بـذلك، و المساحقه و نحوها، إذ المعلوم عـدم كونها من ذوات العـدد بـالوضع و إنمـا هى من ذوات الاسـتبراء المفروض سـقوطه بالحمـل، بـل لعـل ذلـك هو الغالب فى الإماء، و حينئـذ يتجه جريان الأقوال المزبوره للنصوص، و أما إذا علم حال حملها و كونه عن وطئ صـحيح تعقبه طلاق أو فسخ أو نحو ذلك، أو غير صحيح كالزنـا مثلاـ و قلنـا بعـدم الحرمه لمـائه، فهو على حكمه بالنسبه إلى كل فرد، لا أن المراد من النصوص الإطلاق الشامل للمطلقه مثلاـ و نحوها مما كان عـدتها الوضع، ضـروره إمكان تحصـيل الإجماع على خلاف ذلك، كما يظهر لك الحال بأدنى ملاحظه لكلامهم فى العدد، مضافا إلى إطلاق الآيه و النصوص فلاحظ و تأمل جيدا، فان هذا هو التحقيق فى المسأله.

و هـذا الحكم مختص- بالأـمه المشتراه التى كـان حكمها الاسـتبراء، و سـقط بالحمل، كما عساه الظاهر من المصـنف و غيره مع إلحـاق غير الشـراء من أسـباب الملك الاختياريه و القهريه، كما هو مقتضـى كلامهم فى أصل موضوع المسأله، و عـدمه جمودا على مقتضـى النص المفصل- أو انه شامل لكل جاريه حامل مجهوله الحال أو معلوم أنها من غير ذات العده بالوضع، فيندرج فيه أمه السـيد لو حملت كـذلك، كما عساه يظهر من إطلاق العنوان فى بعض العبارات وجهان، من أصاله الجواز بعـد عدم معلوميه سبب التحريم، و من إطلاـق النهى عن وطئ الحلبى حـتى تضع، لاـ يخلو أولهمـا من قوه، فحمـل صـحيح رفـاعه-(١)المقيد فيه بالأربعه أشـهر و عشـره أيام عليه مرادا من النهى فيه فى المـده الكراهه، و بعـدها لا كراهه، أو مرادا منه الحرمه و بعدها لا حرمه؛ بخلاف الحمل من غيره فإنه محرم إلى حال الوضع- لا شاهد له سوى دعوى معلوميه عدم احترام ماء الزانى.

و فيه أن المقام يمكن أن لا يكون من الاحترام، على أن مثله يرد بناء على إراده الحرمه من النهى فى الصـحيح المزبور، فلا ريب حينئذ فى ضعف القولين معا كضعف القول بحرمه

الوطء إلى حال الوضع مطلقا، تمسكا بإطلاق النصوص ك

موثق

١- ١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ٣.

إسحاق بن عمار(۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجاريه يشتريها الرجل و هى حبلى أ يقع عليها؟ قال: لا»

و

قوله عليه السلام أيضا فى موثق مسعده(۲)«يحرم من الإماء عشر، لا تجمع بين الام و البنت، و لا بين الأختين، و لا أمتک و هى حبلى من غيرک حتى تضع»

كقوله أيضا

فى خبر مسمع بن كردين (۳)«قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشر لا يحل نكاحهن و لا غشيانهن، أمتک و أمها، إلى أن قال، و أمتک إن وطئت حتى تستبرئ بحيضه، و أمتک و هى حبلى من غيرک»

الحديث.

و

فى المروى عن العيون مسندا إلى الرضا عن آبائه عليهم السلام (۴)«قال:

نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن وطئ الحبلى حتى يضعن»

و

عن قرب الاسناد عن إبراهيم بن عبد الحميد(۵)«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يشترى الجاريه و هى حبلى أ يطأها قال: لا، قلت: من دون الفرج؟ قال: لا يقربها»

و فى

خبر محمد بن قيس (۶)«عن أبى جعفر عليه السلام فى الوليده يشتريها الرجل و هى حبلى؟ قال: لا يقربها حتى تضع ولدها»

و

خبر ابى بصير(۷)«قلت لأبى جعفر عليه السلام: الرجل يشترى الجاريه و هى حامل ما يحل له منها؟ قال: ما دون الفرج»

إلى غير ذلک من النصوص المطلقه و المقيده بالوضع مضافا إلى آيه(۸)«أولى الْأَحْمالِ » المرجحه على آيه الملک (۹)فى

صحيح رفاعه(۱۰)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الأمه الحبلى يشتريها الرجل فقال: سئل أبى عن ذلک فقال: أحلتها آيه و

حرمتها آیه

أخری، فأنا ناه عنها نفسی و ولدی، فقال الرجل:

أنا أرجو أن انتهی إذا نهیت نفسک و ولدک»

إذ النهی حقیقه فی التحریم، و کـان الـذی دعـاه إلی هـذا التعبیر و النسـبه إلی أبیه التقیه کمـا قیـل؛ فإنهم کانوا یرون الجواز فلم یمکنه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۷.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۸.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۳.

۸- ۸ سوره الطلاق الآیه- ۳.

۹- ۹ سوره المؤمنون الآیه- ۶.

۱۰- ۱۰ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۲.

التعبير عنه صريحا.

و إلى الإجماع المحكى عن شرح الإرشاد للفخر على ذلك فى غير الزنا، بل ظاهر غيره أن ذلك من المفروغ منه، و أنه من المسلمات التى لا يعتريها الشك، و أنه لذلك حمل صحيح المده(۱)على الزنا، لعدم إمكان الحمل فى غيره، و إلى معلوميه حرمه وطئ الحامل فى غير المقام، فى طلاق و وفاه و غيرهما مما يكشف أن لذى الحمل تعلقا بالرحم ما دام مشغولا بالحمل، و من هنا لم يجعل أجلا دونه إلى غير ذلك.

إذ فيه أنه مستلزم لطرح صحيح رفاعه المعمول به بين الأصحاب فى الجمله كما اعترف به فخر المحققين و غيره بلا مقتض، أو تأويله من دون شاهد، قال على

ما رواه فى التهذيب (۲)«سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت: أشترى الجاريه فتمكث عندى الأشهر لا تطمث، و ليس ذلك عن كبر فأريها

النساء فيقلن ليس بها حمل، فلى أن أنكحها فى فرجها؟ فقال: إن الطمث قد يحبسه الريح من غير حبل، فلا بأس أن تمسها فى الفرج قلت: فان كانت حبلى فما لى منها؟ فقال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ فى حبلها أربعه أشهر و عشره أيام، فإذا جاز حملها أربعه أشهر و عشره أيام فلا بأس بنكاحها فى الفرج. قلت: إن المغيره و أصحابه يقولون لا ينبغى للرجل أن ينكح امرأته و هى حامل و قد استبان حملها حتى تضع فتغذو ولده قال: فقال: هذا من أفعال اليهود»

فلا بأس بتأييد الإطلاق المتقدم به؛ كما أنه لا بأس بالجمع بينه و بين نصوص الوضع، بجعل الغايه أحدهما، كما هو متقضى الأمر بهما. و اعتضاد نصوص الوضع بالأصل و إطلاق النهى السابق، و بظاهر صحيح رفاعه السابق (۳)من حيث دلالته على انحصار الأمر بين الإباحه المطلقه؛ كما دلت عليه الآيه الأولى، أى آيه الملك،(۴)أو الحرمه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۳.

۲- ۲ التهذيب ج ۷ ص ۴۶۸ الحديث ۱۸۷۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۲.

۴- ۴ سوره المؤمنون الآيه- ۴.

كذلك، كما صرحت به الثانيه(۱).

و حيث ظهر لنا الحرمه فى الجمله بالأدله السابقه تعين ترجيح الآيه و هى فى الحرمه إلى الوضع صريحه، و لا آيه هنا تدل على التفصيل بين المدتين، بالبديهه لا يمنع من الجمع المزبور بعد الإغضاء عن جريان الأصل المعلوم قطعه بآيه الملك؛ و الصحيح ظاهر فى ترجيح آيه الملك، و أن المراد من النهى

الكراهه، بل يمكن دعوى ظهور آيه الحمل فى غير المقام من ذوات العدد، فلا ريب حينئذ فى أن مقتضى أصول المذهب الجمع بين النصوص بما عرفت، و أن المطلق منها يقيد بذلك.

و ما يقال- من أن التقييد فرع المقاومه، و ليس لقصوره عددا عن ذلك، مع بعد التقييد فإن أظهر أفراد الحبلى من استبان حملها، و ليس إلا بعد انقضاء المده المزبوره- مدفوع بأن كثره عدد المطلق لا تنافى تقييده بالمتحد المعمول به بين الأصحاب، و يمنع كون الأظهر ذلك بحيث ينصرف إليه الإطلاق، و خلو الصحيح- عن زياده التقييد بالأربعه و عشر فى الكافى- غير قادح، كما أن اختلاف عبارات الأصحاب من حيث التقييد بالعشر و عدمه كذلك، ضروره كون الصحيح المزبور حجه على تارك التقييد فلا ريب فى رجحان هذا القول على غيره.

نعم لو لا الشهره العظيمه و الإجماع المحكى لكان القول بالكراهه كما سمعته من الشيخ و ابن إدريس فى غايه القوه لظهور صحيح رفاعه(۲)السابق فيها و

الخبر(۳)«ما أحب للرجل المسلم أن يأتى الجاريه الحبلى قد حبلت من غيره»

الى آخره و ترك النهى عنه

فى خبر السكونى (۴)عن الصادق عليه السلام «أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم دخل على رجل من الأنصار و إذا وليده عظيمه البطن تختلف فسأل عنها، فقال: اشتريتها يا رسول الله

۱- ۱ سوره الطلاق الآيه ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب نكاح العبيد و الإماء فى ذيل الحديث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۹- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۳.

و بها هـذا الحبـل، قال: أقربتها؟ قال: نعم قال: أعتق ما فى بطنها، قال: يا رسول الله و بما اسـتحق العتق؟ قال: لان نطفتك أغـذت سمعه و بصره و لحمه و دمه»

بل التعليل فيه ظاهر فى الكراهه، و أن المراد من النهى فى غيره للإرشاد، لانه بالوطى يرجح له أو يتعين عليه عتق الولد، بل

قول الصادق عليه السـلام فى خبر غياث (۱)«من جامع أمه حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولـدها و لا يسترق، لانه شارك فيه الماء تمام الولد»

لا يخلو من إشـعار بجواز الجماع، إلى غير ذلک مما يشهد للجواز من إطلاق أدله الملک و غيره، فلو لا ما عرفت لكان القول به فى غـايه القوه، فحيث انتفى لـذلک كـان القول بما فى المتن أقوى من غيره قطعا، لما عرفته من دليل الحرمه فى المـده و غيرها، للأصل و الصحيح أيضا، و جواز التصرف فى ملک اليمين و الأمن من اختلاط الأنساب فى غيرها.

و من ذلک كله بان لک الوجه فى جميع الأقوال على اختلافها فى الوطء بعد مضـى المده و قبله و أن الأقوى منها قبله الحرمه و يكره بعده الذى فى الدروس و غيرها أنه المشـهور، و لعل حكم المصـنف بكراهته لقوله عليه السـلام «لا أحب» و تنزيل صحيح رفاعه المشتمل على نهيه

عليه السلام لنفسه و ولده عليه، و للتخلص من شبهه الخلاف و من احتمال إراده النهى من المطلقات إلى حال الوضع؛ و من نحو ذلک مما يصلح دليلا للكراهه، فتأمل جيدا.

فإن المسأله من المشـكلات و قد اضـطرب فيها كلام الأساطين، حتى ان العلامه منهم قال هنا فى القواعد: «و يحرم وطئ الحامل قبلا قبل مضى أربعه أشهر و عشره أيام.

و يكره بعـده إن كـان عن زنـا و فى غيره إشـكال» و قـال فى النكـاح منهـا: «و لو اشتراها حاملا كره له وطؤها قبلا قبل الوضع أو مضـى أربعه أشـهر و عشره أيام إن جهل حال الحمل، لأصاله عدم إذن المولى، و إن علم إباحته بعقد أو تحليل حرم حتى تضع، و إن علم كونه عن زنا فلا بأس» و قال فى الطلاق منها «كل من ملک جاريه موطوءه ببيع أو غيره من اسـتغنام أو صلح أو ميراث أو أى سـبب كـان لم يجز له وطؤها إلا بعـد الاسـتبراء، فان كانت حبلى من مولى أو زوج أو وطئ شـبهه لم ينقض الاسـتبراء إلا بوضعه، أو مضى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۲.

أربعه أشـهر و عشـره أيـام، فلاـ يحل له وطؤها قبلا قبل ذلک؛ و يجوز فی غير القبل، و يکره بعـدها، و هو کما تری غير الأولين، هذا کله فی الوطء فی القبل.

أمـا الـدبر فقـد يمنع الحرمه فيه تنزيلا لإطلاق النصوص بل و الفتاوی علی المتعارف حتی قوله عليه السـلام «لا يقربها» خصوصـا بعـد ما فی النصوص من أنه «يعتق الولد مع الوطء لانه غذاه بنطفته» و فرضه فی الدبر بعيد جدا، خلافا للکرکی و من تبعه فحرمه أيضـا لصـدق اسم الفرج، و لقوله عليه السـلام «لاـ تقربهـا» الـذی لا ينافيه خروج ما عـدا الوطء منه بالـدليل، و فيه ما عرفت؛ بل الظاهر عدم استحباب العزل عن الوطء فيه.

و کيف کان ف لو وطأها مثلا حيث يجوز علی ما عرفت من الخلاف فيه عزل عنها اسـتحبابا بلا خلاف أجده بين من تعرض له، إلا من ظاهر المحکی عن التقی و ابن زهره فأوجباه فی الوطء بالأربعه بناء علی جوازه، و لا ريب فی ضعفه، ضروره عدم وجوبه مطلقـا حيث يجوز، للأصـل السالم عن المعارض، بل لولا التسامـح فی السـنن لأمکن الإشـکال فی ثبوت اسـتحبابه، اللهم إلا أن يدعی إشعار

الموثق به (۱)قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشتری جاريه حاملا و قد استبان حملها؟ فقال: بئس ما صنع، قلت: فما تقول فيه قـال: أعزل عنهـا أم لا؟ فقلت: أجنبی علی الوجهين، قال: إن کان عزل عنها فليتق الله و لا يعود، و إن کان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلک الولد و لا يورثه، و لکن يعتقه و يجعل له شيئا من ماله يعيش به، لانه غذاه بنطفته»

و هو کما تری ضروره أنه لو تم إشعاره لا تقضی ثبوت الاستحباب حيث يحرم الوطء و هو بعيد.

و علی کـل حـال ف لو لم يعزل کره له بيع ولـدها وفاقـا لجماعه، تنزيلا للنهی عنه فی الموثق المزبور عليها، لکن فيه أنه لا قرينه علی ذلک، اللهم إلا أن يدعی ظهور التعليل

فيها ضروره کون المنصرف منه أنه يکون بذلک کالولد فلا يملکه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب نکاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

لكن قـد يمنع بـل ظاهر المحكى عن الشـيخين و الحليين و الطوسـى و الـديلمى حرمه البيع، بل ظاهر ابن زهره منهم أو صـريحه الإجمـاع عليه، و من هنـا جزم به بعض متأخرى المتأخرين بل جزم بوجوب عتقه، و جعل شـى ء له من ماله يعيش به، للأمر بهما فيما سمعته من النصوص، بل هو ظاهر النهايه و الوسيله و الغنيه مدعيا عليه الإجماع فى الأخير هذا.

و لكن فى المتن و غيره أنه اسـتحب له أن يعزل له من ميراثه قسـطا و إن كنت لم أجـده فى شـى ء ممـا وصـل إلى من نصـوص المسـأله بـل الموجود فيهـا عتقه، و جعـل شـى ء له من المـال يعيش به، فبنـاء على إراده النـدب من هـذا الأمر كان المتجه جعل المسـتحب ذلـك. نعم بقى شـى ء و هو أنه لا فرق فى ثبوت ذلك بين الوطء فى المـده و بعـدها أو هو مختص به بعـدها، ظاهر المقنعه الأول، قال: «فإن وطأها قبل مضـى الأربعه أشهر أو بعد ذلك و لم يعزل عنها لم يحل بيع الولد، لانه غذاه و أنماه بنطفته، و ينبغى أن يجعـل له من ماله بعـد وفاته قسـطا يعزله فى حياته، و لا ينسب إليه بالنبوه» و فى الوسـيله «فإن مر عليها أربعه أشـهر و عشـره أيـام جـاز له وطؤهـا و لم يجز له وطؤهـا قبـل ذلك فإن وطأها لم يجز له بيع ولـدها، لانه غـذاه بنطفته؛ و عليه أن يعتقه و يعطيه شـيئا من ماله» و فى الغنيه «فإن كانت حاملا لم يجز له بيع الولـد، و لا أن يعترف به ولدا؛ بل يجعل له قسطا من الماء، فإن لم يعزل له يجز له بيع الولـد، و لا أن يعترف به ولـدا؛ بل يجعل له قسـطا من ما له لانه غـذاه بنطفته، بـدليل إجماع الطائفه و عن التقى «لا يحل وطئ الحامل من غيره حتى يمضـى لها أربعه أشـهر إلا دون الفرج، و فيه بشـرط عزل الماء؛ و اجتنابها حتى تضـع أولى، و إذا وطأ الحامل لم يحل له بيع ولدها، و لا الاعتراف به ولدا» و فرق فى النهايه فقال: «إذا اشترى جاريه حبلى فوطأها قبل أن يمضـى عليها أربعه أشـهر و عشـره، فلا يبيع ذلك الولد لانه غذاه بنطفته، و كان عليه أن يعزل له من ماله شـيئا و يعتقه؛ و إن كـان وطؤه لهـا بعـد انقضـاء الأـربعه أشـهر و عشـره أيام، جاز له بيع الولـد على كل حال، و كـذلك إذا كان الوطء قبل انقضاء الأربعه أشهر و عشره أيام، إلا أن يكون قد عزل، جاز له

بیع ولـدها علی کـل حـال، و أمـا النصوص فلیس فیها تصـریح بالفرق بالنسـبه إلی ذلک. نعم قیل إن ظاهر الموثق المزبور کون الوطء بعـد الشـراء و بعد المده المذکوره لأن اسـتبانه الحمل لا تکون إلا بعد المده المذکوره، و الأمر سـهل بناء علی المختار و الله أعلم.

[المسأله الخامسه التفرقه بین الأطفال و أمهاتهم قبل استغنائهم عنهن محرمه]

المسأله الخامسه التفرقه بین الأطفال الممالیک و ان لم یکونوا رشده و أمهاتهم کذلک قبل اسـتغنائهم عنهن محرمه عند الکاتب و الشیخین و التقی و القاضی و ابن حمزه و الفاضل فی التذکره و ظاهر القواعد و المقداد فی التنقیح العلیین و الثانی الشهیدین و غیر هم علی ما حکی عن بعضهم، بل هو مشهور بل عن الخلاف الإجماع علیه و قیل : و القائل الشیخ فی باب العتق من النهایه و الحلی و الفاضل فی جمله من کتبه، و أول الشهیدین و ابن فهد فی المقتصر مکروهه و هو الأظهر.

جمعـا بین ما دل علی الجواز من الأصل، و عموم تسـلط الناس علی أموالهم (۱)و علی خصوص العقود علیهـا و غیرهما؛ و ما دل علی المنع ک

صحیح معاویه بن عمار فی الصحیح (۲)«قال: سـمعت الصادق علیه السلام یقول أتی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم بسبی من الیمن فلما بلغوا الجحفه نفدت نفقاتهم فباعوا جاریه من السبی کانت أمها معهم، فلما قدموا علی النبی صـلی الله علیه و آله و سلم سـمع بکاؤهـا فقال: ما هـذا البکاء فقالوا یا رسول الله احتجنا نفقه فبعنا ابنتها؛ فبعث بثمنها فأتی بها، و قال: بیعوهما جمیعا أو أمسکوهما جمیعا»

و

موثق سماعه المرسل فی الفقیه (۳)«عنه عن الصادق علیه السلام عن أخوین مملوکین هل

یفرق بینهما؟ و عن المرأه و ولدها هل یفرق بینهما؟ فقال: لا هو حرام إلا أن یریدوا ذلک»

و

صحیح هشام ابن الحکم (۴)«قال: اشتریت للصادق علیه السلام جاریه من الکوفه

۱- ۱ البحار ج ۲ ر ۲۷۲ الطبع الحدیث.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۳.

قال: فذهبت تقوم فی بعض حوائجها، فقالت: یا أماه فقال لها أبو عبد الله علیه السلام: أ لک أم؟ قالت: نعم فأمر بها فردت، فقال: ما أمنت لو حبستها أن أری فی ولدی ما أکره»

و

خبر عمرو بن أبی نصر(۱)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: الجاریه الصغیره یشتریها الرجل فقال: ان کانت قد استغنت عن أبویها فلا بأس»

و

صحیح ابن سنان (۲)«عن الصادق علیه السلام فی الرجل یشتری الغلام و الجاریه و له أخ أو أخت أو أم بمصر من الأمصار؟ قال: لا یخرجه إلی مصر آخر إن کان صغیرا و لا تشتره، و إن کان له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت»

و

النبوی (۳)«من فرق بین والده و ولدها، فرق بینه و بین أحبته».

ضروره أنه لا یخفی علی الفقیه العارف بلسانهم علیهم السلام، إراده الکراهه من أمثال هذه الخطابات، خصوصا مع عدم تقیید الموثق بالاستغناء، و اشتماله علی الأخوین؛ و لم أجد من أفتی به عدا بعض المتأخرین کثانی المحققین و الشهیدین؛ و ما تسمعه من المحکی عن الإسکافی، بل الفاضل فی التذکره مع قوله بالتحریم فی الطفل و الام صرح بالکراهه فیهما، بل غیره صرح بالجواز فیهما من غیر تعرض لها، بل قد یستفاد ذلک أیضا من اقتصار الأکثر علی الطفل و أمه.

فما فی الریاض- من أن الأصح التعدیه لغیر الام من الأرحام المشارکه لها فی الاستیناس کالأب و الأخ و العمه و الخاله، وفاقا للإسکافی و جماعه، لتصریح الصحیح و الموثق بمن عدا الأخیرین، و ظهور الحکم فیهما بعدم القائل بالفرق- فی غیر محله بناء علی الحرمه، خصوصا بعد المحکی عن المبسوط من التصریح بجواز التفریق بین الولد و الوالد، بل عن السرائر نفی الخلاف فیه، و فی جهاد التحریر قال الشیخ:

«یجوز التفرقه بین الولد و الوالد، و بینه و بین الجده أم الأم، و بین الأخوین و الأختین، و بین من خرج من عمود الأبوین من فوق و أسفل مثل الاخوه و أولادهم و الأعمام و أولادهم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۱.

۳- ۳- المستدرک ج ۲ ص ۴۸۶.

و سـائر الأقـارب و لاـ خلاف فی جواز التفریق بینه، و بین الرحم غیر المحرم، و بینه و بین الام من الرضاعه و الأخت منها،» و فی جواز التفرقه بینهما فی العتق؛ بل فی باب البیع منه الوجه عـدم کراهیه التفریق بین الولـد و الأب؛ أو بین غیره من ذوی الأرحام و بینه سواء قرب أو بعد، ذکرا کان أو أنثی.

و المحکی عن أبی علی أنه طرد الحکم فیمن یقوم مقام الأم فی الشفقه، و تبعه علیه غیره، فلعله لا یرید الأخوین، علی أنه یمکن أن یکون بناه علی ما ذهب إلیه من حجیه العله المسـتنبطه المعلوم بطلانها عنـدنا، کل ذلک مع إطلاق التفریق فیه الشامل للبیع و غیره، مع أنـک قـد عرفت نفی الخلاـف فی التحریر عنه فی العتق، و عن التـذکره النص علی نفی الباس عنه فی السـفر، بل و فی الوصـیه معللا له بإمکان کون الموت بعـد انقضاء زمان التحریم، لکن قال: فان اتفق قبله فإشـکال، و نص أیضا علی أنه لو کانت الام مملوکه و الولد حرا أو بالعکس لم یمتنع بیع الرقیق، علی أن القول بضم من سـمعت من الأرحام إلی الأم یقتضی عدم جواز بیع الطفـل و لو مع أمه إذا کان له استیناس ببعض أرحامها، فلا یجوز للمالک إلا بیع الجمیع و إن کثر العـدد، و هو مما لا یلتزمه فقیه، خصوصا إذا قلنا بعدم اعتبار اتحاد المالک کما یقتضـیه إطلاق بعض النصوص، فیعتبر حینئذ فی صـحه البیع اتفاق الملاک أجمع، و إلاـ فلاـ یجوز لکل واحـد منهم منفردا إلی غیر ذلک مما هو منکر فی مـذاق الشـرع، و أما الصـحیح فظاهر فی اسـتغناء البنت التی قامت فی بعض حوائجها؛ فلا بد من حمله علی الکراهه خصوصا بعد کون المشتری مثل هشام الذی یبعد عدم معرفته بهذا الحکم، بل التعلیل فیه و تصدیقها بمجرد دعواها کالصریح فی ذلک، و خبر عمرو إنما یدل علی ثبوت البأس الذی هو أعم من الحرمه، و صـحیح ابن سنان قد اشتمل علی غیر الام و ولدها ممن عرفت الحال فیه، و النبوی لا یخلو من إشعار بالکراهه کما لا یخفی علی من مارس کثیرا من خطاباتها.

و لکن مع ذلک فالاحتیاط لا ینبغی ترکه فی التفرقه بالبیع، بل و غیره من النواقل

كالهبه و غيرها، المصرح بمساواتها للبيع، كما قيل فى التحرير و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسيه و المسالك و الروضه و غيرها، و إن كان ينبغى تقييده بالاختياريه و الا فلا، و منه ما لو ظهر استحقاق أحدها بوجه شرعى فانتزعه المستحق، فإن الظاهر عدم المنع، أما الرد بالعيب مثلا ففى التذكره إشكال أقربه المنع.

و على كل حال فالظاهر عدم المنع مع الرضا منهما بالتفرقه، للموثق المزبور، بل يمكن القول بعدم الكرهه معه أيضا. نعم فى التحرير لا تزول الكراهيه برضا الام، و لعله لمراعاه حق الولد خصوصا بعد التعليق فى الموثق على إرادتهما، و فى آخر على طيب نفسهما، فينبغى مراعاتهما معا لا الأم خاصه، مع فرض كون الولد ممن يتأذى بفراقها هذا و فى المحكى عن التذكره أنه إن لم تحصل التفرقه الحسيه فالأقوى جواز البيع كمن يبيع الولد و يشترط استخدامه مده البيع، و هو جيد اقتصارا على المتيقن.

ثم إن الظاهر بناء على المنع فساد البيع كما صرح به جماعه، بل فى التذكره ما يشعر بدعوى الإجماع عليه لظاهر النصوص السابقه المشتمله على غير النهى من رد الثمن و نحوه، لكن عن جهاد المبسوط أنه جائز على الظاهر من المذهب، بل عنه فى الخلاف أنه قواه كالسرائر، إلا أنك قد عرفت أنه ممن يقول بالكراهه هذا، و صرح جماعه أن الخلاف فى الحرمه و الكراهه بعد سقى اللبأ، أما قبله فلا يجوز لانه سبب لهلاك الولد، و هو جيد إن كان كذلك، لكن فى الحدائق أنه روى كثيرا من الأطفال قد عاش بدون ذلك، بأن يشرب من لبن غير أمه بعد الولاده، و ربما تعذر وجود اللبن من أمه لمرض و نحوه بعد الولاده مده، بل قيل إنه قد لا يوجد اللبأ فى كثير من النساء.

نعم محل الخلاف كما عرفت قبل الاستغناء أما بعده فلا إشكال فى الجواز نصا و فتوى، بل فى التنقيح نفى الخلاف عنه، بل عن إيضاح النافع الإجماع عليه. نعم فى الأول فى فرع ذكره قال: ظاهر الأصحاب أن التفرقه بعد الاستغناء مباحه و قيل يكره،

و يقرب التفصيل و هو أنه مع التمييز و إصلاح القيام بالضروريات لا كراهه، و إلا فالكراهه و هو ليس خلافا فى أصل الجواز و أمر الكراهه سهل.

و على كل حال فالمشهور كما فى التذكره أن الاستغناء يحصل ببلوغ سبع من غير فرق بين الذكر و الأنثى، و قيل: يكفى استغناؤه عن الرضاع و لعل ذلك مقتضى إطلاق المحكى عن المقنعه و النهايه و المراسم الاستغناء، بل قيل إن الشيخ و الجماعه كذلك فى باب الجهاد و الأول أظهر عند المصنف استصحابا للحكم، و لغلبه الأذيه قبلها، إلا أن الأظهر منه جعل المدار على تحقق الاستغناء عرفا، و هو مختلف باختلاف الأطفال و الأمهات، لإطلاق الدليل السالم عما يقتضى تقييده بالسبع أو غيره، و احتمال نظر الأصحاب فى المقام إلى الحضانه يدفعه ما عرفت من شهره السبع هنا من غير فرق بين الذكر و الأنثى، و المعروف فيها هناك كذلك.

و من ذلك يظهر لك ما فى جامع المقاصد و إن تبعه عليه فى الروضه و المسالك و الرياض و محكى الميسيه. قال: «الذى يقتضيه صحيح النظر الفرق بين الذكر و الأنثى، لأن الفرق فى حضانه الحره قد وقع، فجوز التفرقه بعد سنتين فى الذكر و بعد سبع فى الأنثى على المشهور بين المتأخرين، فينجر ذلك فى الأمه، لأن حقها لا يزيد على حق الحره؛ و لان الناس مسلطون على أموالهم، على أموالهم، خروج منه ما دل الدليل على منع التفرقه بين مطلقات الأمهات و الأولاد، فيبقى الباقى على الأصل و لأن الأخبار الداله على عدم جواز التفريق لأحد فيها فيحمل إطلاقها على المده المحرمه، بمقتضى الحضانه، لأن ذلك هو الحق المقرر للام، و كون الولد معها فى نظر الشارع و إطلاق الأصحاب يحتمل أمرين، إما الحواله على ما هناك، أو عدم الظفر بما يعين المراد، و قد صرح بعض الأصحاب و هو الشيخ أحمد بن فهد بأن المسأله هنا مبنيه على القول فى الحضانه فكان شاهدا بما قلناه، و هذا هو الصواب الذى ينبغى المصير اليه».

و فيه أن ملاحظه كلامهم فى المقامين تقضـى بالقطع بعـدم بناء هـذه المسأله عندهم على تلك المسأله التى فصل المشـهور فيها بين الـذكر و الأـنثى، بخلاـف هـذه، كمـا أن الأولويه واضـحه المنع، لان المراد هنا التفرقه بالبيع و نحوه، بخلافه فى الحره، و قد عرفت تصـريح الفاضـل بجواز التفريق بينهما ببيع الرقيق منهما لو كان أحـدهما حرا من غير ملاحظه للحضانه، بل قـد عرفت غير ذلك مما لا ينطبق عليها، فأحسن شـى ء حمل كلام المشـهور هنا على إراده حصول الاسـتغناء غالبا بالسبع، و إلا فالمدار ما قلناه خصوصا بعد ما عن التذكره من تعليل كون الغايه السبع بكونها سن التمييز، فيستغنى عن التعهد و الحضانه.

و أقرب منه إراده من أطلق التحديـد بالاسـتغناء كـالمقنعه و النهايه و المراسم ما ذكرنا من الإيكال إلى العرف، و من ذلك يعلم جوده ما عن إيضاح النافع حيث أنه بعـد أن حكى عن ابن فهد ما عرفت، قال: إنه ليس بشـى ء إذ هو كذلك، و ليس فى شـى ء من كلاـم الأصـحاب ما يشـعر بـذلك، سوى ما عن مبسوط الشـيخ من تعليله إلحاق الجـده بالأم، بمنزلتها فى الحضانه، و يمكن عـدم اراده دوران الحكم على ذلك و الله أعلم. هذا كله فى الأناس، أما البهائم فقد صـرح غير واحد بجواز التفرقه فيها بينها قبل الاسـتغناء عن اللبن و بعـده، نعم قيـده بمـا إذا كان مما يقع عليه الـذكاه أو كان له ما ينمو به من غير لبن أمه، و لعله لعـدم جواز إتلاف المال أو خصوص الحيوان منه بغير الطريق- الشرعى كالذبح، و لتحقيق ذلك محل آخر و الله أعلم.

[المسأله السادسه من أولد جاريه ثم ظهر أنها مستحقه انتزعها المالک]

المسأله السادسه من أولـد جاريه قـد اشتراها مثلا جاهلا ثم ظهر أنها مسـتحقه للغير ببينه شـرعيه أو نحوها انتزعها المالک منه بلا خلاف و لا إشـكال و المشهور نقلا و تحصيلا شهره عظيمه، بل عن الخلاف الإجماع، أنه يجب على الواطئ عشر قيمتها بدخول أرش الجنايه على الأقوى إن كانت بكرا أى لم يمسـها رجل و لم تذهب عذرتها، و قد يقوى الاكتفاء بالثانى و فى شرح الأستاد أن الاكتفاء بالأول

أقوى و نصف العشر إن كانت ثيبا ل

صحيح الوليد بن صبيح (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها؟ فقال: تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها؟ فقال: إن كان الذى زوجه إياها من غير مواليها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ فقال:

إن وجد مما أعطاها شيئا فليأخذه و إن لم يجد شيئا فلا شى ء له عليها و إن كان الذى.

زوجه إياها ولى لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، و تعتد منه عده الأمه، قلت: و إن جائت منه بولد قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى»

و

الصحيح الأخر(۲)«أ رأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فاقتضها فقال لا ـ ينبغى له ذلك قلت: فإن فعل يكون زانيا؟ قال: لا و يكون خائنا، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن تكن بكرا فنصف عشر قيمتها»

و غيرهما، و مغايره المورد للمقام يدفعه اتحاد طريق المسألتين، و اشعار الأول بالعموم بالتعقيب بما هو كالتعليل من استحلال الفرج المحقق هنا بل عن بعض أصحابنا الاستدلال به بالفحوى، كل ذلك مع أن عباره المصنف كما سمعت غير خاصه بالبيع؛ و نحوها عباره القواعد، بل فى شرح الأستاد جعل موضوع المسأله ظهور استحقاق الأمه الموطوءه بزنا أو غيره من نكاح أو تحليل أو ملك أو شبهه بأحدها، لعدم مالكيه المالك أو ظهور فساد العقد له و لعله كذلك.

قيل و القائل الشيخ فى المحكى من غصب المبسوط و ابن إدريس يجب مهر أمثالها الذى هو عوض منفعه البضع شرعا مع عدم التسميه من غير فرق بين الحره و الأمه، بل عن بعضهم

إتمام ذلك بأن الروايه(۳)إنما وردت فيمن اشترى جاريه و وطأها و كانت حاملا من سحق أو غيره و أراد ردها فلا يقاس عليه، و لكن قد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۵- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام العيوب الحديث- ۴.

عرفت أن الأول مع كونه مشهورا شهره عظيمه بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه مروى فى الصحيحين و غيرهما مضافا إلى المرسل المزبور المتمم على تقديره بعدم القول بالفصل؛ فلا مناص حينئذ عن القول الأول بل فى شرح الأستاد أن الأقوى التوزيع فى المبعضه، فضلا عن مفروض المقام، لا الرجوع إلى مهر المثل.

و كيف كان فالظاهر عدم الفرق بين علم الأمه بالحال و عدمه على القولين، بل صحيح صبيح ظاهر فى الأول و نفى المهر للبغى إنما هو فى الحره كما يشعر به اللام الظاهره فى الاستحقاق، بل لعل لفظ المهر كذلك، و لذا يطلق على الحره المهيره فما فى الدروس هنا من نفى المهر لها مع العلم و عدم الإكراه واضح الضعف؛ و إن حكى عن جماعه المحقق الثانى و غيره اختياره فى باب الغصب.

و لو اختلفا فى البكاره و عدمها قدم قول الواطئ، و يحتمل تقديم قول المالك عملا بالأصل، و فى الممسوسه فى القبل من دون فض البكاره أو فى الدبر وجهان أقواهما عند الأستاد إجراء حكم البكاره فيها، و الأظهر خلافه؛ كما أن الظاهر اجراء حكم الواحد على تكرر الوطء فى الوقت الواحد قبل الغرمه، أما إذا كان بعد الغرامه فالظاهر التعدد بل

قيل إن مثله اختلاف الوقت، و فيه منع، ضروره ظهور النص و الفتوى فى أن الغرم ذلك و لو استعمر الاشتباه إلى الولاده؛ و الغالب التعدد مع ذلك.

و على كل حال ف الولد حر للأصل و التبعيه لأشرف الأبوين و صحيح الوليد(۱)السابق و غيره، و محكى الإجماع عن المبسوط و الخلاف و غيرهما، بل لا أجد فيه خلافا إلا ما عن المقنعه من رقيه الولد إلا أن يرضيه الأب عنه بشى ء؛ بل قيل:

إن مثلها النهايه إلا أنه قال: «و قبض ولدها» إلى آخره، و لعله لما

فى موثق سماعه(۲)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث ۲.

من «أن ولده مملوک إلا أن یقیم البینه، أنه شهد له شاهدان أنها حره، فلا یملک ولده و یکونون أحرارا»

و خبر زراره(۱)إلاـ أنهمـا مع عـدم شـهادتهما بتمام المـدعی. و إمکان حملهما علی صوره الزنا و غیر ذلک، معارضان بما هوی أقوی سندا و أکثر عددا من النصوص المعمول بها بین الأصحاب، و حینئذ فلا ریب فی ضعف القول المزبور.

نعم علی أبیه قیمته یوم ولد حیا ل

قول الصادق علیه السلام فی مرسل جمیل (۲)«و یأخذ الرجل ولده بقیمته»

و

فی موثقه (۳)«و یدفع المبتاع قیمه الولد، و یرجع علی من باعه بثمن الجاریه، و قیمه الولد التی أخذت منه»

إلی غیر ذلک من النصوص المراد منها وجوب القیمه تعبدا لا شـرطیه الحریه بها، و قد عرفت تصـریح الموثق أنه یرجع المشتری علی البـائع بالثمن، و بما اغترمه من قیمه الولـد لمکان الغرور، و تعرف إنشاء الله فی المسأله العاشـره تمام الکلام فی کثیر مما له تعلق فی المقام کقیمه الولد و غیرها.

و هل یرجع المشتری علی البائع بما اغترمه من مهر و أجره و نحو هما قیل: نعم لأن البائع أباحه من غیر عوض فهو مغرور متضرر برجوع المالک علیه بذلک، و نحوه الذی صرح به

فی خبر زراره(۴)«قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

رجـل اشتری جاریه من سوق المسـلمین فخرج بها إلی أرضه فولـدت منه أولاد؛ ثم إنه أتاها من یزعم أنها له، و أقام علی ذلک البینه، قال: یقبض ولده، و یدفع إلیه الجاریه؛ و یعوضه قیمه ما أصاب من لبنها و خدمتها»

و ربما کان فی الرجوع بقیمه الولد إشاره إلیه فی الجمله، و قیل لا لحصول عوض فی مقابلته و قد تقدم تحقیق ذلک فی بحث

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۷- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۴.

الفضولی و البیع الفاسد فلاحظ و تأمل.

[المسأله السابعه ما یؤخذ من دار الحرب بغیر إذن الإمام یجوز تملکه فی حال الغیبه]

المسأله السابعه: ما یؤخذ من دار الحرب أو من أهلها فی غیرها بغیر إذن النبی صلی الله علیه و آله و سلم أو الإمام القائم مقامه علیه السلام من أموال و أعراض و أراضی و أشجار و سرایا أو نحو ذلک بسرقه أو خیانه أو خدعه أو أسر أو قره من غیر جیش أو جیش من غیر قهر أو غیر ذلک، فهو لآخذه، کالمأخوذ بإذنه لإطلاق ما دل من کتاب و سنه و إجماع علی جواز اغتنام مال الکفار و سبیهم، بل ظاهرهما کونهم و ما فی أیدیهم من المباحات التی یملکها من یجوزها، و یستولی علیها، و إنما یلزم فیه الخمس کسائر الغنامی، کما أومئ إلیه علیه السلام

فی قوله (۱)«خذ مال الناصب حیث وجدته، و ادفع إلینا الخمس».

فما فی الحدائق- من التوقف فی الحکم من أصله لعدم الوقوف علی نص یدل علیه، و أخبار النصاب لا دلاله فیها علی التعمیم- واضح الضعف، بل فی شرح الأستاد أن تملک الإمام

بحیازه الغیر هنا مخالف للأصل و للإجماع و الاخبار، قلت: مضافا إلی خصوص بعض النصوص (۲)الداله علی جواز شراء الکفار بعضهم من بعض، و قد تقدم سابقا بعض منها.

نعم ما یأخذ بغیر إذن الامام بقهر جیش أو سریه، کله للإمام علیه السلام خاصه، لا للغانمین، و لا لغیرهم بلا خلاف أجده فیه، بل عن بعضهم الإجماع علیه. و

فی خبر الوراق (۳)«عن رجل سماعه عن الصادق علیه السلام إذا غزی قوم بغیر إذن الامام فغنموا کانت الغنیمه کلها للإمام علیه السلام و إن غزوا بإذن الإمام فغنموا کان للإمام الخمس»

و

الحسن کالصحیح (۴)«قلت للصادق علیه السلام السریه یبعثها الامام علیه السلام فیصیبوا غنائم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب ما یجب فیه الخمس الحدیث- ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب بیع الحیوان.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال الحدیث ۱۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال الحدیث ۳.

کیف تقسم؟ قال إن قاتلوا علیها مع أمیر أمره الإمام أخرج منه الخمس لله تعالی و الرسول صلی الله علیه و آله و سلم و قسم بینهم ثلاثه أخماس، و إن لم یکونوا قاتلوا علیها المشرکین کان کلما غنموا للإمام علیه السلام یجعله حیث أحب»

و ما فیه من قسمه الخمس ثلاثه أخماس مما هو شاذ لا قائل به، غیر قادح فی الدلاله علی المطلوب.

نعم قد تقدم فی کتاب الخمس أن المصنف توقف فی النافع فی ذلک، بل فی المنتهی «قوه قول الشافعی الذی هو المساواه فی الفرض للمأذون فیه» بل فی المدارک إنه جید لإطلاق الأدله الواجب تقییده بما سمعت مع أنها من خطاب المشافهه و لخصوص

حسن الحلبی (۱)عن الصادق علیه السلام «فی الرجل من أصحابنا یکون فی لوائهم فیکون معهم فیصیب غنیمه، فقال: یؤدی خمسا و یطیب له»

مؤیدا بما

فی صحیح ابن مهزیار(۲)المشتمل علی ذکر ما یجب فیه الخمس إلی أن قال: «و مثل عدو یصطلم فیؤخذ ما له»

و لما یظهر من بعض أخبار التحلیل (۳)من کون الإباحه لنصیبهم فی الفی ء لا إباحه جمیعه، و لا نصیب لهم إلا الخمس.

قال أمیر المؤمنین علیه السلام فی المروی عن العسکری علیه السلام (۴)«یا رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم قد علمت أنه سیکون بعدک ملک عضوض و جبر فیستولی علی خمسی من السبی و الغنائم و یبیعونه، و لا یحل لمشتریه لأن نصیبی فیه و قد وهبت نصیبی منه لکل من ملک منه شیئا من شیعتی»

إلی آخره، و نحوه غیره، إلا أن ذلک کله یجب الخروج عنه، و حمله علی ما لا ینافی المطلوب لما عرفت من المفروغیه من الحکم، و الله العالم.

و الظاهر عدم تأثیر الإجازه اللاحقه و إن کان لم یستبعده شیخنا فی شرحه إلحاقا له بمسأله الفضولی؛ و لو اختطف الآخذون بالاذن و عدمه لحق کلا حکمه کما أنهم إذا أخذ بعض الجیش غیله و بعض قهر الحق أیضا کلا حکمه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب ما یجب فیه الخمس الحدیث ۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب ما یجب فیه الخمس الحدیث ۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب الأنفال.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب الأنفال ۲۰.

و كيف كـان فالأـصول و الضوابـط تقتضـى حرمه التصـرف فيمـا كـان للإمـام عليه السـلام ضـروره كونه من العـدوان و أكل ما بالباطـل؛ و لكن يجوز لخصوص الشـيعه تملكه فى حـال الغيبه رخصه منهم عليهم السـلام فى ذلك إجماعا بقسـميه و النصوص (۱)نعم الأحوط إن لم يكن الأقوى اعتبار قصد التملك أو عقده بل فى شرح الأستاد اعتبار ذلك، و أنه بدونه يبقى أمانه له عليه السـلام و يجرى عليه حكم التحجير؛ و لا اسـتبعاد فى خصوص الملك للتملك بعـد إذنه عليه السـلام فى ماله، أو فيما له الولايه عليه؛ بل لا استبعاد فى دعوى الملك لخصوص الشيعه بمجرد الاستيلاء و أنهم أباحوا لهم أموالهم إباحه صيرتها لهم كالمباحات الأصليه، ضروره رجوع ذلك كله إلى الشرع الذى لا ينبغى الاستبعاد معه كما هو واضح.

و على كل حال متى ملكه الشيعى جاز تملكه لغيره منه و لو كان الغانم غير شيعى جاز الشراء منه و الاتهاب و نحوهما من العقود المملكه، استنقاذا لا شراء حقيقيا.

و من هنا يقدح جواز الأخذ منهم قهرا مع عدم منافاه التقيه، و فى شرح الأستاد أن جواز ذلك وجه وجيه.

و على كل حال فله أى الشـيعى و طئ الأمه المغتنمه إذا تملكها باغتنام أو شـراء من المغتنم إذا لم يكن اسـتنقاذا و الا فبالاستيلاء المزبور، و من هنـا يظهر لـك وجه خبث ولاـده غير الشـيعه الـذين لم يرخص لهم، فـان وطأهم للإماء المملوكه لغيرهم زنا، نعم يمكن اجراء حكم الشبهه على أولادهم على اشكال فى بعض الافراد.

و كيف كان ف يستوى فى ذلك الحكم الذى ذكرناه ما يسبيه المسـلم و غيره الا أن الرخصه المزبوره خاصه للشـيعه و ان كان فيها حق للإمام مثل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب الأنفال.

القسم الأول أو كانت كلها للإمام عليه السلام مثل القسم الثانى إلا أن الظاهر قصر الرخصه فى الأول على خصوص المناكح و المساكن و المتاجر، و يحتمل أن يكون الترديد إشاره لما سمعته من القولين فى الغنيمه بجيش و أمير من دون أذان الإمام، من أنها أجمع للإمام، أو الخمس كما عرفت الكلام فيه، و قد تقدم فى باب الخمس تمام الكلام فى ذلک فلاحظ و تأمل. و منه تعرف نوع إجمال فى عباره المتن و غيره، و- الله أعلم.

[المسأله الثامنه إذا دفع إلى مأذون مالا ليشترى به نسمه و يعتقها و يحج عنه بالباقى]

المسأله الثامنه: إذا دفع إلى مأذون مالا ليشترى به نسمه و يعتقها و يحج عنه بالباقى فاشترى أباه و دفع إليه بقيمه المال فحج به؛ ثم اختلف مولاه، و ورثه الأمر و مولى الأب، و كل يقول اشترى بعين مالى فقيل و القائل الشيخ فى النهايه و القاضى على ما حكى عنه يرد إلى مولاه رقا، ثم يحكم به لمن أقام البينه على روايه ابن أشيم

عن أبى جعفر عليه السلام (۱)المشهوره كما فى الدروس، و لعله يريد روايه لا فتوى قال:

له «عبد لقوم مأذون له فى التجاره دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمه و أعتقها عنى و حج عنى بالباقى ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد فاشترى أباه و أعتقه عن الميت و دفع إليه الباقى ليحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلک موالى أبيه، و مواليه و ورثه الميت جميعا فاختصموا جميعا فى الألف فقال موالى العبد المعتق إنما اشتريت أباک بما لنا، و قال الورثه: إنما اشتريت أباک بما لنا، و قال: موالى العبد إنما اشتريت أباک بما لنا؟ فقال: أبو جعفر عليه السلام أما الحجه فقد مضت بما فيها لا ترد، و أما المعتق فهو رد فى الرق لموالى أبيه، و أى

الفريقين بعد أقاموا البينه، على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا.»

و هو أى القول ضعيف كضعف الخبر لجهاله الراوى أو غلوه و سبق بعض أصحاب الإجماع عليه غير مجد على الأصح؛ و لمخالفته أصول المذهب و قواعده باعتبار اشتماله على الأمر برد العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه و دعواه الفساد التى يقدم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۵- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

مدعی الصحه علیها، و علی مضی الحجه، مع أن ظاهر الأمر حجه بنفسه، و علی مضی الحج مع العود إلی الرق المقتضی لوقوع حجه بغیر إذن سیده.

بل فی شرح الأستاد أن ظاهر الخبر الاذن فی التجاره للمولی، فکیف تصح المعامله حتی یترتب علیها صحه الحج، کما أن ظاهره أیضا الوکاله عن الدافع فتنفسخ بموت الموکل فیبطل البیع و العتق و الحج، و بعد تسلیم أنها وصایه فلیست هی من التجاره فلا تصح، و لا یصح ما تفرع علیها من الثلاثه بل الإحجاج لا یدخل فی التجاره لسیده و لا لغیره، فکیف یمکن شراء مال شخص بمال منه.

و إن کان قد یناقش بمنع ظهور الخبر فی الأول و لو بقرینه عدم دعوی مولی- المأذون بذلک بل و الثانی، ضروره ظهور عباره الدافع فی فعل ذلک بعد موته، الظاهر فی کونه وصایه، و عدم إنکار مولی المأذون ذلک علی العبد قرینه علی إراده الأعم من الاذن فی التجاره، فالإحجاج بعد تسلیم أنه لیس من التجاره لغیر سیده من المأذون فیه حینئذ کالعتق و الغقله و نحوها عن شراء مال شخص بمال منه غیر مستنکره، فانحصرت المخالفه حینئذ فیما ذکرناه أولا، و لها و للضعف مع عدم الجابر طرح الخبر المزبور.

و قیل أنه یرد العبد إلی مولی المأذون ما لم یکن هناک بینه، و هو أشبه عند المصنف و العجلی و تبعهما الفاضل و الشهیدان و الکرکی و غیرهم، بل نسب إلی الأکثر، لأن ید السید علی العبد و ما فی یده، و لا یقبل إقراره علیه و إن کان وکیلا، بخلاف الحر، کما لا یقبل بعد حدوث ید المأذون دعوی الملکیه من- مولی الأب بلا بینه، فضلا عن دعوی الفساد، و کذا دعوی ورثه الدافع، بل قد لا یتصور دعواهم بعد اعترافهم بأمر مورثهم بذلک کله.

نعم إن أنکروه کلا أو بعضا اتجه لهم الدعوی؛ بل من الواضح أنه علی هذا

القول لا ـ فرق بين كون العبد الذى أعتقه المأذون أبا له، أو لا ـ و إن كانت الروايه تضمنت الأول، لاشتراكهما فى المعنى المقتضى لترجيح قول ذى اليد، و لا بين دعوى مولى الأب شراؤه من ماله، بأن يكون قد دفع للمأذون مالا ليتجر به، فاشترى أباه من سيده بماله و عدمه، لانه على التقدير الأول يدعى فساد البيع، و مدعى صحته مقدم، و على الثانى إما أن يدعيه أيضا بان يدعى سرقه عين الثمن منه مثلا، أو ينكره فيكون خارجا لمعارضه يده القديمه يد المأذون الحادثه فتقدم، و الروايه تضمنت الأول، كذا فى الرياض و فيه نظر، و لا بين استيجاره على حج و عدمه، لعدم مدخليه ذلك فى الترجيح، و إن كانت الروايه تضمنت الأول كما هو واضح.

و فيه منع عدم قبول الإقرار من العبد على السيد بعد فرض كونه مأذونا فى- التجاره و غيرها و للسيد و غيره، ضروره كونه حينئذ كالحر فى الأمانه فتشمله الأدله كما أنه ليس لورثه الدافع الدعوى بعد تسليم الوصايه من مورثهم بذلك، و عدم ما يمنع من إنفاذها فتنحصر الدعوى حينئذ فى مولى الأب الذى هو مدعى الفساد فلا يسمع قوله بلا بينه.

و من هنا قال المصنف فى النافع إن الذى يناسب الأصل فى المسأله الحكم بإمضاء ما فعله المأذون ما لم تقم بينه تنافيه، و قواه فى الدروس مع الإقرار بذلك و الذى يقوى فى النظر بعد طرح الخبر المزبور ملاحظه موضوع المسأله، إذ المأذون إن قصرت إذنه على التجاره لمولاه فهو عاد فى فعله، باطل عمله، و لا يدله حتى يصدق فى قوله، إنما اليد لمولاه، و هو مصدق فيما ادعاه فيبطل العقد و يرجع المال إلى المولى و إن عمت إذنه فى التجاره له و لغيره و كان الشراء بالوكاله مع حياه الدافع صح الشراء، و كان القول قول المأذون فى أنه للدافع و ورثته مع اليمين، و تسقط دعوى مولاه و دعوى مولى الأب بعد الإقرار ببيعه و يحكم بفساد العتق و الحج، و إن كانت عامه للتجاره و غيرها له و لغيره كان القول قول- المأذون كما عرفت، و لو سلم ورثه الدافع الأذن فى الشراء فقط؛ كان الملك و لا عتق،

و لا- حج؛ فيرجع الباقى إليهم، و إن اعترفوا بالعتق دون الحج، صح العتق و طولب بما بقى للحج و إن أنكروا الجميع كانت الالف لهم، إلى غير ذلك مما لا يخفى انطباقه على الضوابط لو فرض.

هذا كله بعد طرح الخبر المزبور؛ و قد يحتمل العمل و تدفع المخالفه الثانيه بأن المراد حصول الحج و لو بغيره، خصوصا و الخطاب مع المأذون فيتبع فهمه من خطابه و الفرض أنه فهم منه ذلك، و الثالثه بأن صحه الحج أمر أخروى لا- يجرى على الحكم الظاهرى فقد يحكم بصحه الحج لعلم الوصى مثلا، و إن لم يثبت ظاهرا بل يمكن ابتناء صحته على الإذن لاب المأذون فى الحج تبرعا عن الميت أو مطلقا- و ليس فى الروايه ما يفيد استحقاق العبد شيئا من المال. أو على أنه قد استعمل فى ذلك مع عدم العلم بالفساد فحجه حينئذ صحيح، و إن استحق أجره المثل، و ليس فى الروايه ما ينفيها أو على غير ذلك.

و أما المخالفه الأولى ففى القواعد دفعها بأن المراد إنكار مولى الأب البيع من أصله، و فيه أنه مخالف لصريح الروايه اللهم إلا أن يكون ما أقر به ليس بيعا لغه لعدم المبادله فيه، أو يكون المراد إنكار البيع للآخرين؛ و لا ينافيه دعوى البيع بما له. إذ هى أمر زائد على الإنكار و بذلك يخرج عن قاعده تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد، إذ هى فى الدعوى المتحده، لا فى مثل الفرض الذى ضم إلى الإنكار دعوى الفساد بشراء عين لا يصح شراؤها كما لو قال: بعتك الدار فأنكر المدعى عليه ثم قال: بعتنى خنزيرا، و تقديم الأصحاب مدعى الصحه فى مسأله الخل و الخمر. و الشاه و الخنزير، إنما هو فيها إذا اتفقا على تعين المبيع، و اختلفا فى كونه خلا أو خمرا أو شاه أو خنزيرا لا فى نحو الفرض الذى لا دليل على تشخيص أصل الصحه فيه موضوع البيع الذى هو لإثبات الوصف بها دون غيره، و لعل هذا أولى مما تسمعه من الشهيد، لما تسمعه من المناقشه، و لانه لا يتم مع

مع فرض الـدعوى من الورثه أو المولى خـاصه، ضـروره عـدم التصـادم، و ظـاهر النص تقـديم دعوى مولى الأب، و إن لم يكن المـدعى الاـ أحـدهما، للحكم فيه باحتياج كل منهما إلى البينه، ثم لا يخفى عليك الـداخل و الخارج على هـذا التقـدير، كما لا يخفى عليك ترجيـح أى البينتين بعـد الإحاطه بما ذكرناه فى كتاب القضاء فلاحظ و تأمل جيـدا؛ و فى الدروس بأنه قد يقال أن المـأذون بيـده مـال لمولى الأـب و غيره، و بتصادم الـدعاوى المتكافئه يرجع إلى أصاله بقاء الملك على يـد مالكه و لا يعارض فتواهم بتقـديم دعوى الصـحه على الفساد، لان دعوى الصـحه هنا مشتركه بين متقابلين متكافئين فيتساقطان و هذا واضح لا غبار عليه، و قـد يناقش بمنع تكافؤ الـدعاوى بعـد تسـليم أن بيـده ما لا للجميع لأن من عدا مولاه خارج و الداخل مقدم فسـقط مولى الأـب و ورثه الأمر فلم يتم الرجوع إلى أصل بقاء الملك على مالكه، و بـذلك يظهر فساد دعوى اشتراك الصـحه بين متكافئين فـان الخارجه لا تكافئ الـداخله، فإذا قـدمت لم يبق لرد الـدعوى المشـتمله على فساد البيع مانع إذ لم ينقـدح توجهها إلا بسـبب تساقط تلك الـدعويين و لم يتم، و قـد تـدفع بمنع كون المولى داخلا بعـد فرض اسـتناده الى السـبب الخاص و بعـد فرض كون العبـد مأذونـا مطلقـا و بيـده مـال للجميع، نعم المتجه بنـاء على مـا ذكرنـا نفوذ إقراره على السـيد و غيره ممن و كله فلم تتصـادم الـدعاوى المتكافئه كما أنه قـد يمنع اعتبار عـدم تصادم دعوى الصـحه فى التقديم على دعوى الفساد، بل يقدمان عليها ثم ينظر فى الترجيح بينهما، فان لم يكن فالقسمه أو القرعه أو نحوهما فتأمل جيدا.

هذا كله مع عدم البينه و معها تقدم إن كانت لواحد، و إن كانت لاثنين أو للجميع و قلنا بأن مولى المأذون منهم داخل و ما عداه خارج، و أن بينه الداخل مقدمه على الخارج عند التعارض، كان الترجيح لبينه مولى المأذون حينئذ بلا يمين حينئذ و إن لم يكن له بينه أو كانت و قلنا بترجيـح بينه غيره عليه؛ لانه خارج تعارض الخارجان حينئـذ؛ و لعل الأقوى وفاقا لجماعه تقـديم بينه الدافع عملا بمقتضى الصحه، مع احتمال تقديم بينه

مولى الأب لادعائه ما ينافى الأصل، و هو الفساد فمولى الأب بالنسبه إلى ورثه الدافع مدع خارج، فتقدم بينته لانه مدع بأحد تفاسير المدعى لانه يدعى ما ينافى الأصل و يضعف بأنه مدع و خارج بالإضافه إلى المولى المأذون كما ان الأخر أيضا مدع و خارج بالإضافه إليه، و لا يلزم من كون دعوى أحدهما توافق الأصل و دعوى الأخر تخالفه أن يكون أحدهما بالإضافه إلى الأخر مدعيا و خارجا فترجح بينته، و تقديم بينه مدعى الفساد إنما يكون حيث لا يقطع بكون الأخر مدعيا؛ فأما إذا قطع به و أقاما بينتين؛ فلا بد من الترجيح و هو ثابت فى جانب مدعى الصحه، و من ذلك يعلم الحال بناء على خروج مولى المأذون أيضا و اقام بينه فترجح حينئذ على بينه ذى الفساد بأصاله الصحه مع احتمال تقدمى مدعى الفساد هنا لكونه مدعيا حينئذ بالنسبه إليهما، و على الأول يبقى الترجيح بين دعوى مولى المأذون و ورثه الدافع. و الله أعلم.

[المسأله التاسعه إذا اشترى عبدا فى الذمه]

المسأله التاسعه روى ابن مسلم (۱)عن الباقر عليه السلام «فى الضعيف أنه إذا اشترى رجل من رجل عبدا أى موصوفا فى الذمه و كان عنده عبدان ف دفع البائع إليه عبدين و قال: للمشترى اذهب بهما فصلى الله عليه و آله اختر أحدهما و رد الآخر، و قد قبض المال فذهب بهما المشترى فأبق أحدهما من عنده،

فقال عليه السلام ليرد الذى عنده منهما و يقبض نصف الثمن مما أعطى من المبيع؛ و يذهب

فى طلب الغلام؛ فان وجده اختار أيهما شاء، ورد النصف الذى أخذ و إن لم يجده كان العبد بينهما، نصف للبائع، و نصف للمبتاع»

و قد عمل بها الشيخ فى نهايته و ابن البراج بل فى الروضه نسبه العمل إلى أتباعه، بل فى الدروس نسبته إلى الأكثر و إليه أشار المصنف بقوله قيل يكون التالف بينهما و يرتجع نصف الثمن فإن وجده اختار و إلا كان الموجود لهما و هو بناء على انحصار حقه فيهما و زاد فى الدروس و على تساويهما فى القيمه و مطابقتهما للوصف؛ و عدم ضمان المشترى هنا؛ لانه لا يزيد على

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۶- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

المبيع المعين الهالک فى مده الخيار فإنه من ضمان البائع، و قد يشكل الأولين بأن المبيع أمر كلى لا يتشخص بتشخيص البائع، و دفعه الاثنين ليتخير أحدهما ليس تشخيصا و إن حصر الأمر فيهما، لأصاله بقاء الحق فى الذمه، إلا أن يثبت شرعا كون ذلک كافيا كما لو حصره فى عشره فصاعدا، و قد يدفع بأنه يكفى فيه دفع البائع ذلک بعنوان كون الحق فيه و رضا المشترى بذلک، فقبضه على هذا؛ فهو فى الحقيقه كدفع المتحد و قبضه؛ إلا أنه لما كان التحقيق الذى قد مر فى المسأله الصاع من الصبره، أن الأصل عدم ملک الكلى المعين فى غير الذمه، وجب حينئذ تنزيل الكلى فيهما حينئذ على الإشاعه تخلصا من ذلک، فملک المشترى حينئذ نصفا من كل منهما، إلا أن له الخيره فى تعيين النصفين بواحد، بل للبائع إلزامه بذلک، باعتبار أنه هو الذى وقع عليه العقد، فإذا أحدهما قبل التعيين كان مقتضى قاعده الشركه كونهما منهما، إلا أنهم حكموا بارتجاع النصف، لعدم ضمان المشترى هنا، لانه لا يزيد على المبيع المعين الهالک فى مده الخيار، فلا أقل من أن يكون هذا الخيار كذلک، أو ينزل على كون الإباق فى الثلاثه، بناء على إلحاق المدفوع مصداقا بما وقع عليه البيع من الحيوان، أو لأنه باعتبار بقاء الخيار فيه كان كالمقبوض بالسوم بناء على أنه غير مضمون، أو أنه و إن قلنا بضمانه الا انه فرق بينه و بين المقام كما ستعرف.

نعم قد يقال المتجه بناء على ذلک عدم الفرق بين التساوى فى القيمه و عدمه، و بين التطابق و عدمه، بعد فرض الرضا منهما جميعا بانحصار الحق فى المدفوع، و إن كان ظاهر موضوع الخبر ذلک، لكن الإنصاف أن جميع ذلک دعوى مخالفه لأصول المذهب و قواعده بلا شاهد معتبر حتى الخبر المزبور، لعدم الجابر له، و إذا لاكثريه لم نتحققها، بل المتحقق خلافها فطرحه خير من تنزيله على ذلک، أو على تساوى العبدين من كل وجه ليلحق بمتساوى الاجزاء؛ كما عن المختلف فجوز بيع عبد منهما كما يجوز بيع قفيز من الصبره، و ينزل على الإشاعه إذ فيه أولا وضوح الفرق بين العبد و الصاع

لعـدم إمكـان تساويهمـا من كـل وجه؛ و لـذا كـان ضـمانه لو تلف بقيمته لاـ مثله، و ثانيـا منع التنزيل على الإشاعه فى الصاع من المصبره كما عرفت البحث فى محله؛ و ثالثا أنه يحتاج أيضا فى عـدم ضـمان المشترى فيه على هذا التقدير إلى ما عرفت مما هو محل للنظر بل المنع.

مضافا إلى إمكان دعوى صراحه الخبر المزبور فى عدمه خصوصا ما فى ذيله، و من هنا طرح الخبر غير واحد، بل هو الذى استقر عليه رأى المتأخرين عـدا النادر؛ لعـدم انطباقه على القواعد، إذ المبيع إن فرض كليا موصوفا بوصف يرفع الجهاله مطبقا على كل من العبدين كما هو الظاهر، ففى شـرح الأستاد أن الحكم فيه بقاء التخيير بين قبول التالف و رد الباقى، و بين قبول الباقى و غرامه قيمه التالف، ثم احتمل قويا تاره و لم يسـتبعده أخرى إلزامه بالتالف، لحصو التقاص قهرا و قـد يناقش بأن الحق فيه مختلف؛ لأن البائع مستحق عليه المشترى نفس العبد الموصوف، و هو يستحق عليه قيمه العبد التالف، فلم يحصل شرط التقاص القهرى، و منه ينقـدح حينئـذ أن خيـاره بين قوبـل التـالف بمعنى رضاه بما للبائع من القيمه عوض ما يسـتحقه عليه من العله لا أن المتجه اعتبار رضاهما معا بذلک ضـروره كونها معامله جديده فليس للبائع الاسـتقلال بذلک و لأعلى المشترى إجابته إليه و بالعكس كما هو واضح، فالموافق للضوابط الذى صرح به غير واحد من الأصحاب ضمان المشترى و استحقاقه المبيع و اليه أشار المصنف بقوله.

و لو قيل التالف مضـمون بقيمته و له المطالبه بالعبد و الثابت فى الذمه كان حسـنا نعم قد يناقش فى الضـمان لأن الأصل البراءه، إذ الظاهر كونه فى يـده أمانه فلا يسـتعقب ضـمان، و القياس على المقبوض بالسوم بعد تسـليم الحكم فى المقيس عليه غير جائز فى مذهبنا بل قد يفرق بينهما، بأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوه أو مجازا بما يول اليه و صـحيح البيت و فاسده مضـمون، بخلاف صوره الفرض لان المقبوض ليس كذلک

لوقوع البيع سابقا، و إنما هو محض استيفاء حق.

و تدفع بمنع كون ذلك قياسا بل اتحاد طريق المسألتين و هو إطلاق

قوله عليه السلام (۱)«على اليد»

المشترك بينهما، و لا خصوصيه له، على أن المبيع لما كان أمرا كليا و كان كل من المدفوع صالحا لكونه فردا له كان فى قوه المبيع، بل دفعهما للتخير حصر له فيهما فيكون بمنزله المبيع. حيث أنه منحصر فيهما؛ فالحكم بالضمان هنا أولى كما هو واضح، و إن فرض انطباقه على أحدهما فقط، فان كان الموجود صح له أخذه و غرم قيمه التالف، إلا مع التراضى مع الدافع بالمعاوضه و دفع الباقى إليهن و إن كان التالف ضمنه و طالب الدافع بالكلى، بل قد يقال بتعينه حقا له لانه قد قبضه بعنوان الاستيفاء، إلا أنه لم

يكن متعينا باعتبار وجود الفرد الأخر، فمع فرض انتفائه تعين هو للحق، فتأمل جيدا.

و فى شرح الأستاذ جاز للدافع احتسابه عليه و أخذ الباقى، بل لا يبعد لزوم ذلك بالتقاص القهرى، و للمدفوع إليه احتسابه على نفسه لجعل الاختيار إليه، و فيه ما عرفت، و إن فرض عدم انطباقهما معا ضمن قيمه التالف و دفع الباقى، و طالب بما له الا مع التراضى المزبور، و إن كان المبيع نصفا من العبدين مشاعا فيهما فالتالف مضمون نصفه عليه، و عليه رد نصف الباقى، فلا ينطبق الخبر حينئذ على شى ء من ذلك إلا على ما سمعته من التكلفات السابقه، التى يرجح الطرح عليها، و تنزيل الخبر على كون المبيع مجهولا لتردده بين العبدين المدفوعين يقضى بضمان التالف بالقيمه، أو المسمى و رد الباقى، لبطلان العقد حينئذ كما هو المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا؛ بل هى كذلك، و إليه أشار المصنف بقوله.

و أما لو اشترى عبدا من عبدين لم يصح العقد و فيه قول موهوم و فى السرائر بعد أن حكى ما فى النهايه الذى هو مضمون الخبر السابق، قال: ما ذكره شيخنا فى

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۰ كنز العمال ج ۵ ص ۵۲۷.

نهايته خبر واحد لا يصلح و لا يجوز العمل به، لانه مخالف لما عليه الإمامه بأسرها، مناف لأصول مذهب أصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم و إجماعهم لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف، و قوله يقبض نصف الثمن، و يكون العبد الآبق الذى وقع عليه البيع فهو من مال مشتريه، و الثمن بكماله لبائعه، و إن كان الآبق غير متوقع عليه البيع فالباقى إذا وقع عليه البيع، فلأى شى ء يرده، و إنما أورد شيخنا هذا الخبر على ما جاء إيرادا لا اعتقادا؛ لأنه رجع عنه فى مسائل خلافه، فى كتاب السلم» و هو جيد.

و إن كان قد يوهم ظاهره عدم جواز بيعه كليا موصوفا بصفات ترفع الجهاله، و هو واضح المنع.

و لعله إليه أو غيره أشار فى اللمعه بقوله «و يجوز شراء العبد موصوفا سلما، و الأقرب جوازه حالا، إلا ان ظاهره كون غير الأقرب التفصيل بين السلم و غيره، و هو أوضح من الأول فسادا لتساويهما فى المعنى المصحح للبيع، و على كل حال فما أبعد هذا القول من القول بجواز بيع أحد العبدين مطلقا؛ كما عساه يظهر فى باب البيع من الخلاف ناسبا له إلى روايه الأصحاب و إجماعهم. أو بشرط تساويهما من كل وجه حتى يكون كالصاع من الصبره، كما سمعته من الفاضل فى المختلف، و إن كان هو فى غايه الضعف. بل الشيخ كما قيل قد رجع عنه فى باب السلم فقال «إذا قال اشتريت منك أحد هذين العبدين بكذا، أو أحد هذه العبيد الثلاثه بكذا لم يصح الشراء و به قال الشافعى، و قال أبو حنيفه إذا شرط فيه الخيار ثلاثه أيام جاز لان هذا غرر يسير، و أما فى الأربعه فما زاد فلا يجوز، دليلنا أن هذا بيع مجهول فلا يجب أن يصح بيعه

و لانه بيع غرر لاختلاف قيمه العبدين، فان قلنا به تبعنا فيه الروايه، و لم نقس عليها غيرها و الإجماع الذى ادعاه مظنه العكس، كما سمعته من الحلى» و الروايه التى أشار إليه هى الخبر المزبور على الظاهر، و هو مع عدم تعين تنزيله على ذلك، قد عرفت مخالفته للأصول و القواعد، و الاستدلال بالإطلاقات و العمومات يدفعه ما دل على المنع من بيع الغرر الذى هذا منعه قطعا، كما أنه يدفع الثانى منع التساوى على وجه يحلق بالمثلى على أنك قد عرفت ما فى تنزيل الخبر عليه.

و كيف كان فلا ريب فى ضعف ذلك كله فالأولى الرجوع إلى ما تقتضيه الضوابط و هو ما عرفت و عليه لا فرق بين العبدين و الأكثر، و لا بين العبيد و الإماء، بل و لا بين الثياب و نحوها و لا بين إباق العبد و موته، أما بناء على العمل بالخبر ففى انسحابه فى الزياده على اثنين تردد؛ من صدق العبدين فى الجمله و عدم ظهور تأثير الزياده مع كون محل التخيير زائدا على الحق؛ و من الخروج عن المنصوص المخالف لأصل، فان سحبنا الحكم و كانوا ثلاثه فأبق واحد فات ثلث المبيع و ارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما سمعت، و و قد يحتمل بقاء التخيير و عدم فوات شى ء، سواء حكمنا بضمان الآبق أم لا، لبقاء محل التخيير الزائد عن الحق، و كذا التردد لو كان المبيع غير تعبد، كأمه فدفع إليه أمتين أو إماء و ان قطع فى الدروس بثبوت الحكم هنا، بل فى أيه عين كانت؛ كثوب و كتاب من المشاركه فى العله للحكم، و بطلان القياس، و لعله أقوى كما أن الأقوى عدم إلحاق الهلاك بالإباق، و إن جعله بعضهم أحد الوجهين لأولويته منه، لكن قد يفرق بينهما بتنجيز التنصيف معه من غير رجاء لعود التخيير بخلاف الإباق و الله أعلم.

[المسأله العاشره إذا وطئ أحد الشريكين أو الشركاء الوطى الذى تدور عليه الاحكام مملوكه بينهما يسقط الحد مع الشبهه]

المسأله العاشره إذا وطئ أحد الشريكين أو الشركاء الوطى الذى تدور عليه الاحكام مملوكه بينهما أو بينهم يسقط الحد مع الشبهه بلا خلاف بل الإجماع

بقسميه عليه لـدرء الحدود بها، و إن استحق التعزير بالعصيان بترك السؤال و يثبت مع مع انتفائها إذا لم يكن الشريك ولدا له إجماعا أيضا بقسميه، و نصوصا مستفيضه جدا؛ مضافا إلى ما قيل من تناول ما دل فى الزنا له الشامل للمقام بالصدق من جهه الشريك أو مطلقا فيلزم تمام الحد؛ لولا قيام الدليل عى خلافه؛ و بعد خروج الخارج يبقى الباقى على حاله، و إن كان لا يخلو من نظر، و لكن يسقط منه أى الحد بقدر نصيب الواطئ للنص و الإجماع المحكى، إن لم يكن المحصل، و ما قيل من عدم كونه زانيا من جهته، و لا هاتكا للحرمه كذلك، و لحصول معنى الشبهه باستحقاقه و لقاعده تبعض الاحكام بتبعض الأسباب كما يظهر بعد التتبع التام، و لا سيما فى تبعيض المماليك و إن كان فيه ما فيه، و أولى منه تعليله بعد النص عليه أن أمر الحدود مبنى على التخفيفى؛ و لذا سقط بالشبهه و نحوها، و إلا فالعمده النص.

قال عبد الله بن سنان (۱)«سألت الصادق عليه السلام عن رجال اشتركوا فى أمه، فائتمنوا بعضهم على أن تكون الأمه عنده، فوطأها؟ فقال: يدرأ عنه من الحد بقدر ماله من النقد، و يضرب بقدر ما ليس له فيها، و تقوم الأمه عليه بقيمه يلتزمها، فإن كانت القيمه أقل من الثمن الذى اشتريت به الجاريه، ألزم ثمنها الأول؛ و إن كان قيمتها فى ذلك اليوم الذى قومت فيه أكثر من ثمنها الزم ذلك الثمن و هو صاغر، لأنها استفرشها، قلت: فإن أراد بعض الشركاء شراؤها دون الرجل قال: ذلك له، و ليس له أن يشتريها حتى تستبرأ، و ليس على غيره أن يشتريها إلا بالقيمه».

و نحوه آخر(۲)بتفاوت يسير،

قال فيه: «قوم اشتركوا فى شراء جاريه فائتمنوا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب حد الزنا الحديث- ۴.

بعضـهم و جعلوا الجاريه عنـده فوطئها قال عليه الحـد و يـدرأ عنه من الحد قدر ماله فيها، و تقوم الجاريه و يغرم ثمنها للشـركاء؛ فإن كانت القيمه فى اليوم الذى وطئ أقل مما اشتريت به، فإنه يلزم أكثر الثمن لا أنه قد أفسد على شركائه، و إن كان

القيمه فى اليوم الذى وطئ أكثر مما اشتريت به يلزم الأكثر»

و

فى خـبر إسـماعيل الجعفى (۱)عن أبى جعفر عليه السـلام «فى رجلى اشتركـا فى جـاريه فنكحهـا أحـدهما دون صـاحبه، فقـال: يضرب نصف الحد، و يغرم نصف القيمه إذا حبلت»

و

فى المرسل (۲)فى الفقيه المسـند عن عده أصحابنا فى الكافى عن الصادق عليه السلام «سئل عن رجل أصاب من الفى ء فوطئها قبل أن تقسم؟ فقال: تقوم الجاريه، و تدفع إليه بالقيمه؛ و يحط له منها ما يصـيبه من الفى ء، و يجلد الحد، تدفع إليه بالقيمه دون غيره، فقال: لأنه وطأها و لا يؤمن أن يكون ثمه حبل».

و

فى الصحيح (۳)«سـمعت عباد البصرى يقول كان جعفر عليه السلام يقول: يدرأ عنه من الحد بقدر حصته منها و يضرب ما سوى ذلك، يعنى فى الرجل إذا وقع على جاريه له فيها حصه»

و

فى الخبر(۴)«فى جريه بين رجلين وطأها أحدهما دون الأخر فأحبلها فقال: يضرب نصف الحد و يغرم نصف القيمه»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على المطلوب، حتى

الصحيح (۵)«فى رجلين أعتق أحدهما نصـيبه منها، فلما راى ذلك شـريكه وثب على الجاريه فوقع عليها؟ قال: فقال: يجلد الذى وقع عليها خمسين جلده

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب أحكام الشركه الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب حد الزناء الحديث ۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب حد الزنا الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب حد الزنا الحديث ۷.

٥- ۵ الوسائل- الباب- ٢٢- من أبواب حد الزنا الحديث ١.

و يطرح عنه خمسون جلده، و يكون نصفها حرا، و يطرح عنها من النصف الباقى الذى لم يعتق إن كانت بكرا عشر قيمتها، و إن كانت غير بكر نصف عشر قيمتها و تستسعى هى فى الباقى»

و نحوه خبر آخر(۱)و كان بعض مشايخنا لم يقف إلا عى خبر واحد، فاستدل به جابرا له بالشهره بل الإجماع.

و أغرب منه ما فى نكاح المسالك من نفى الحد على الواطئ، لانه ليس زانيا و و إن كان عاصيا يستحق التعزير، و يمكن أن يكون مراده نفى حد الزنا، لان الظاهر ترتبه على غير محل الفرض لا أقل من الشك. و الأصل البراءه، و حينئذ فما فى النصوص من جلد المقدار المخصوص أمر آخر ليس حدا من حيث الزنا، و

ربما يؤيد ذلك إطلاق النصوص فى المقام عدا النادر الحكم المزبور من غير فرق بين المحصن و غيره، و إلحاق الولد به أيضا فتأمل.

ثم إن الظاهر جريان الحكم المزبور على الأمه أيضا فيدرأ عنها ما درء عن الواطئ و تضرب قدر ما ضرب و كيف كان فالحكم مما لا إشكال فيه نعم قد يستشكل فيما إذا كان استحقاقه كسر بالنسبه إلى كيفيه ما يسقط فى مقابلته من الحد فقيل إنه يعتبر بالسوط فيأخذ بنصفه إن كان نصفا و بثلثه إن كان ثلثا؛ كما تضمنه (۲)

صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام «قال: فى نصف الجلده و ثلثها يؤخذ بنصف السوط و ثلثه»

و عن بعض المحققين أنه يحصل باعتبار مقدار السوط؛ و كيفيه الضرب، و فى الحدائق قوه الضرب و ضعفه مع قبض السوط على المعتاد أو دقه السوط و غلظه لم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب حد الزنا الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب مقدمات الحدود و أحكامها الحديث- ۱.

یکن بعیدا» قلت: هو کذلک لولا مخالفه لظاهر النص، الله إلا أن یحمل علیه لکنه کما تری، بالنسبه إلی الدقه و الغلط.

نعم هو لا یخلو من قوه بالنسبه إلی الأول ضروره أنه یمکن أن یکون الکسر بحی لا یمکن تحقق مسمی الجلد به لو قبض علی مقداره من

السوط المعتاد، بل یمکن دعوی لدی الأقرب إلی الحقیقه ذلک بعد انتفائها فتأمل جیدا.

ثم إن ظاهر النصوص و الفتاوی تعین کون الحد هنا الجلد و إن کان الواطئ هنا محصنا لعدم تصور السقوط فی القتل و الرجم، و

ما فی بعض المعتبره(۱)«عن رجل وقع علی مکاتبه فقال: قال إن کان أدت الربع جلد، و إن کان محصنا رجم، و إن لم تکن أدت شیئا فلیس علیه شی ء»

بعد الإغضاء عما فیه من التقیید بالربع، معارض بما سمعت خصوصا ما ورد فی المبعضه، و حمل نصوص التبعیض جمیعها علی ما إذا کان الحد قابلا له، کما إذا کان الواطئ غیر محصن مع عدم مقاومه المعارض، مخالف لأصول المذهب و قواعده، کما هو واضح، بل علی ما ذکرنا سابق لا یحتاج إلی دلیل فی عدم ثبوت حد المحصن علیه لأن التحقیق عدم اندراجه فیما دل علیه فی الزانی فیقی الأصل حینئذ سالما عن المعارض، و لو وطئ الشریک قبل تمام ملکه، کما لو کان موهوبا و لم یقبض حد تمام الحد مع عدم الشبهه، و کذا الفضولی علی القول بالنقل، و علی الکشف ففی البدار أو الانتظار أو العدم مطلقا وجوه؛ أقواها عند الأستاد الأخیر، لکنه یعزر لعصیانه، و هو جید مع حصول الإجازه، و لو ادعی فی حصته الزیاده علی شریکه و لم یعلم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۴- من أبواب حد الزنا الحدیث- ۲.

بکذبه و لا قامت بینه بصدقه و درأ عنه بنسبتها من الحد علی الأقوی، لاندراج مثله فی الشبهه المسقطه للحد.

و کیف کان فلا ریب نصا و فتوی فی لحوق أحکام الولد فی الجمله لهذه الجاریه لو حملت من الواطئ و إن کان عاصیا بالنسبه إلیه بل و إلی شرکائه بالنسبه إلی غیر الواطئ، فلیس لهم بیعها بل و لا نقله بأحد النواقل إلی غیره، و لکن تقوم علیه إنما البحث فی أنها تقوم علیه بنفس الوطء و إن لم یظهر حملها أو ینتظر الحمل فعند المصنف تبعا للحلی و علیه استقر رأی المتأخرین أنها لا تقوم علیه نفس الوطء لکن قال هنا علی الأصح مشیرا به إلی ما فی النهایه من التقویم بنفس الوطء قال: «إذا کانت الجاریه بین شرکاء فترکوها عند واحد منهم فوطأها فإنه یدرءوا عنه من الحد بقدر ماله من الثمن و یضرب بمقدار ما لغیره، و تقوم الأمه قیمه عادله و یلزمها، فإن کانت القیمه أقل من الثمن الذی اشتریت به الزم ثمنها، و إن کانت قیمتها فی ذلک الیوم الذی قومت فیه أکثر من ثمنها ألزم ذلک الأکثر، و إن أراد واحد من الشرکاء الجاریه کان له أخذها، و لا یلزمه إلا ثمنها الذی یسوی فی الحال، الذی هو مضمون ما سمعته من خبر عبد الله بن سنان (۱)المتقدم لکن قد عرفت أن فیه و لیس له أی الشریک أن یشتریها حتی تستبرئ.

و منه ینقدح إشکال فی الخبر المزبور، و هو أن الشریک إذ کان لیس له شراؤها إلا بعد الاستبراء فهو و الواطئ علی حد سواء فی عدم الإلزام إلا بالثمن إذا ظهر کونها بریئه من

الحمل، إذ احتمال التقویم علی الواطئ و إن لم یتعقبه حمل فی غایه البعد، و إن توهم من إطلاقه النهایه و الخبر، بل هو الذی فهمه ابن إدریس و غیره، ممن تأخر عنه منه، حتی أنه فرع علیه بعض مشایخنا فقال: هل یفرق بین الفرج و الدبر و التقاء الختانین و الانزال و خلافهما أولا، وجهان، أقواهما عدم الفرق فی الطریفین دون الواسطه إلا أنه و الانزال و خلافهما أولا، وجهان، أقواهما عدم الفرق فی الطرفین دون الواسطه إلا أنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب بیع الحیوان الحدیث ۱.

فى غايه البعد، بل التعليل فى خبر العده الصريح فى كون التقويم بالوطى كالصريح بخلافه، بل التعليل فى خبر ابن سنان بنفسه ظاهر فى ذلک، ضروره كون المراد منه أنه صيرها بالوطى فراشا له بحيث يلحق به الولد، و إلا فلو أريد منه بمجرد الوطء و إن كانت آيسه مثلا، لم يكن للتعليل به وجه، كالتعليل بالإفساد فى الخبر الأخر، إذ لا وجه للإفساد بمجرد الوطء، خصوصا فى الثيب، بل و بالكسر بعد غرامه أرش البكاره، إذ ليس هو حينئذ أسوء حالا من الأجنبى بالنسبه إلى ذلک فليس المراد من الإفساد حينئذ إلا احتمال الحمل الذى يلحق به، و يمتنع على الشركاء بسببه نقلها بسائر النواقل، و إن لم يتكن أم ولد بالنسبه إليهم، فتنفق حينئذ النصوص الثلاثه على معنى واحد، و يكون المراد حينئذ مما فى خبر عبد الله بن سنان أنه للشريک شراؤها بعد الاستبراء و العلم بخلوها عن الحمل و لا يجب عليه التقوم على الواطئ بمجرد وطئه، و كذا المراد أنه ليس على غير الواطى من الشركاء فضلا عن غيرهم فى سائر الأحوال إلا بالقيمه التى تسوى فى الحال بخلاف الواطئ فان عليه الإلزام بأكثر الأمرين لو اراده الشريک قبل الاستبراء أو بعد ظهور الحمل، أو يحمل على ما إذا نقصت القيمه المساويه للثمن الذى اشتريت به بالوطى فإنه يجب عليه تمام الثمن لحصول النقصان بفعله.

و على كل حال فبما ذكرنا يندفع ما فى التذكره من أن هذا الخبر غير دال على وجوب التقويم بنفس الوطء، لانه يسوغ لغيره من الشركاء شراؤها فلو وجب التقويم لم يجز ذلک، و نحوه يرد على عباره الشيخ لأنها كما سمعت مثل الحبر فلا بد حينئذ من حملها على ما ذكرناه أو يدعى أن الشيخ، يوجب التقويم بنفس الوطء إرفاقا للشركاء فإذا أسقطوا حقهم كان لهم شراؤها منه برضاه، إلا أنک قد عرفته أنه ليس للشركاء الشراء من الواطئ إلا بعد الاستبراء بل لا يبعد القول بأنه ليس للشريک الذى لم يطأ بيع نصيبه إلا بعد الاستبراء، و إن قلنا ان البائع لا يجب عليه الاستبراء من وطئ غيره، لكن فى المقام قد يقال بوجوبه، باعتبار أن الحمل و لو من

الشريک الواطئ يمنع الأخر من نقلها إلى غيره، فهى حينئذ كأم الولد بالنسبه إليه، و كان وطئ الشريک كوطئ نفسه بالنسبه إلى ذلک.

فيتجه حينئذ عدم جواز البيع له إلا بعد الاستبراء فتأمل جيدا، فإنه فى غايه الجوده، و به يتم م قلناه حينئذ من التقويم عليه بنفس الوطء الذى يخشى منه الحمل، لانه قد عضل مال الشركاء عليهم. فإذا لم يقوموها عليه حتى استبرأت و علم عدم حملها كان حال الواطئ حينئذ كحالهم لا يستحقون عليه تقويما و لا غيره؛ إلا العقر يعد إسقاط نصيبه.

و من الغريب ما فى مختلف الفاضل من حمل الخبر، و ما فى النهايه على صوره الحمل مع أنه ليس فى شى ء عنهما ما يومى إليه بل ما فى الذيل من جواز البيع على الشركاء صريح فى خلافه، لعدم جواز بيعها مع الحمل قطعا و إجماعا؛ بل قوله فيه لا يجوز أن يشتريها حتى تستبرئ صريح أيضا فى عدم كونها حاملا، و تقييد الصدر بالحامل بخلاف الذيل تفكيک فى الخبر يقطع بفساده و أوضح منه فسادا المناقشه فى خبر العده بأنه ظاهر فى أن سبب التقويم الحمل فلا يتحقق بل تحققه، إذ هو كما سمعت صريح فى أنه عله التقويم الوطء لانه لا يؤمن مع الحبل كما هو واضح.

كل ذلک مع عدم المعارض عد المفهوم فى خبر الجعفى إذ الحبل فى غيره فى السؤال دون الجواب، فلا دلاله فيه؛ و هو مع أنه مفهوم لا يعارض المنطوق، يمكن أن يكون المراد منه نفى الغرم مع عدم الحبل، و نحن لا ننكره. ضروره أنه إذا تأخر الشريک عن التقويم حال الوطء فبان عدم حبلها لم يكن على الواطئ غرم، كما أنه يغرم؟ قطعا القيمه بالحبل كما هو واضح و الحاصل أن القول بأن للشركاء التقويم على الشريک الواطئ الذى يخاف من وطئه الحبل و أنه لا يجوز لهم نقل الجاريه إلى غيره قبل الاستبراء إذا لم يريدوا التقويم عليه، لعدم وجوبه عليهم للأصل. و لان مشروعيته للإرفاق بهم لا يخلو من قوه، فإذا اشتريت حينئذ كان لهم نقلها من كل أحد؛ كما أنه بناء على التقويم بالحمل إذا أخروا

التقويم فـاتفق سـقوط الحمل قبله تعود على الحال الأول، و لا يلزم الواطئ بالتقويم، و يمكن حمل كلام الشـيخ و غيره ممن قال بالتقويم بالوطى على ذلک لا مطلق الوطء و إن بان عدم تعقبه للحمل.

و لكن الـذى استقر عليه رأى المتـأخرين أنهـا لو حملت قومت عليه حصـص الشـركاء و لا تقويم عليه قبل الحبل، بل فى شـرح الأسـتاد دعوى تحصـيل الإجمـاع عليه، لاـن المخـالف مسـبوق ملحوق به، و إن كـان فيه مـا لاـ يخفى نعم هو مقتضـى الأصل و المفهوم فى الخبر السـابق المنجبر بالشـهره المتـأخره، بـل لعلهـا أنه ما ذكرنا تعرف ما فى جميع ذلک، و منه يعلم أن الاحتياط لا ينبغى تركه فى المقام.

ثم طنه عليه فهـل العبره بالقيمه وقت الإجماع كما اختاره شـيخنا فى شـرحه أو من يوم الوطء كما فى التحرير، و قواه الشـهيد فى حواشـيه، أ وقت التقويم كما عن بعضـهم، أو أكثر الأمرين من يوم الوطء إلى الاحبال كما مال إليه ثانى الشهيدين فى المسالک أو أكثرهمـا من حين الإحبـال إلى وقت التقويم كما فى المختلف، أو أكثر الأمرين من الثمن و القيمه وقت التقويم، كما سـمعته فى الخبر، أو أكثرهمـا من يوم الوطء كمـا يقضـى به الخبر الأخر، وجوه؛ بل أقوال؛ و زاد فى شـرح الأسـتاد احتمال القيمه زمان الانتقـال؛ و أعلى القيم من زمـان الحمـل إلى زمـان الانتقـال، و من زمان التقويم إلى زمان الانتقال، و من زمان الوطء إلى زمان الحمل، و الى زمان التقويم و الأعلى من زمان الانعقاد إلى حين الولاده، و ما يختاره المظلوم من الشريكين، بل قال:

إن لكـل وجهـا، و هو مع أنه مبنى على مغـايره زمـان التقويم لزمـان الانتقـال فى غـايه الضـعف بالنسـبه إلى البعض، إن لم يكن الجميع، و لعل الأقوى مراعاه حال التقويم الذى

هو بمعنى الدفع إليه بالقيمه، لأصاله براءه الذمه من ضـمان الزائد؛ و لانه هو وقت المعامله، و وقت دفع الجاريه إليه بالقيمه، سيما إذا كـان النقص الـداخل على الشـريک بالتـأخير فى التقويم من قبله، إذ الظاهر أنه لا يجوز للواطى الامتناع من قبول التقويم عند طلب الشـريک له؛ فإذا امتنع جبره الحاكم بل له القبول عنه، أما إذا طلبه الواطئ فقد يقوى عدم وجوب الإجابه عليه ما لم يستلزم تعطيلا للمال.

لكن فى شـرح الأسـتاد إن التقويم قهرى بالنسـبه إلى الواطئ و الشركاء فحالها كحال أمهات الأولاد، و ليس فوريا لكن لا يسوغ الإهمـال البـاعث على التعليـل، و متى طلبه أحـدهما أجـابه الأخر، و لو امتنع أحـد الطرفين عن التقويم جبره الحاكم عليه؛ فان لم يتمكن منه قام مقامه.

و فيه ان الظاهر من النصوص كون التقويم إرفاقا بحال الشـريک، فهو حينئـذ حق له لا يجبر عليه إلا إذا أدى إلى الإصـرار بالاخر فتأمـل جيـدا فـإنه يمكن الفرق بين مـا ذكرنـاه سابقـا من التقويم بـالوطى و بين مـا هنا من التقويم بالحمل بالنسـبه إلى القهريه و عدمها، ضروره تحقق كونها أم ولد بالانعقاد بخلاف الأول.

و كيف كـان فلا تـدخل فى ملك الواطئ ابتـداء كما صـرح به غير واحـد، بل قيل إنه إجماع للأصل بل و النص، ضـروره إراده النقل بالقيمه من التقويم عليه؛ فحق الشـريک فى المنافع ثابت حينئـذ، كما أن الظاهر عـدم إغناء التقويم عن الصـيغه إذا أريد ما رتب الشـارع عليهـا من الاحكـام، بـل الظـاهر عـدم كون التقويم من النواقـل المسـتقله و إنمـا المراد مـا عرفت من النقل بالنواقل المعهوده؛ إلاـ أنه بـالقيمه على الواطئ لكن فى شـرح الأسـتاد أنه يغنى التقويم عن الصـيغه كمـا هو ظـاهر كلام المعظم، و ظاهر الاخبار و يكون كاستحقاق العوض بالتلف إلى أن قال: و لا تجرى عليه أحكام البيع، فلا خيار

مجلس أو حیوان و نحوهما و یتعین علیه أخذ الأرش و عوض النقص و نحوه، و لا یجوز له الرد.

و فیه ما عرفت و خلو النصوص عن الصیغه لتعارف المعاطاه فی ذلک الزمان کما خلت عنها أکثر النصوص فی أکثر المقامات بل التأمل فی ذیل خبر ابن سنان (۱)یورث القطع بإراده ما ذکرنا من التقویم علی الواطئ فلاحظ و تأمل؛ و کذا فیه أیضا أنه لو فسخها بخیار من الخیارات کان علیه تقویم الجمیع، و فیه أن جواز الفسخ له محل بحث کالبحث فی لزوم التقویم علیه بعد الجواز فتأمل جیدا.

و لو اشترک شریکان فی الإجمال أقرع بینهما، للنصوص التی منها

الصحیح (۲)«إذا وطأ رجلان أو ثلاثه جاریه فی طهر واحد فولدت و دعوه جمیعا أقرع الوالی بینهم، فمن خرج کان الولد ولده، و یرد قیمه الولد علی صاحب الجاریه»

و نحوه غیره علی أن الاشتراک فی الولد بینهم علی حسب الغرامه غیر معهود بالشرع فی غیر الممالیک.

ثم إن الظاهر لزوم العقر العشر أو نصفه مع القیمه، لأنه عوض الانتفاع بالبضع. بل لعل ما دل علیه فی غیر المقام کالأمه المدلسه نفسها و غیرها لا- یخلو من ظهور فی الجمیع- خصوصا خبر الجاریه(۳)التی أعتق نصفها المتقدم آنفا الذی یراد منه إسقاط ما یخصها بنصیب الحریه من العقر من نصیب الواطئ، فما قیل من الاکتفاء بالقیمه عن ذلک فی غیر محله، و خلو النصوص هنا عن التعرض له أعم من عدمه، بل قیل أنه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۷- من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۷- من أبواب نکاح العبید و الإماء الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب أحکام حدود الزنا الحدیث- ۱.

يلزم مع ذلک أرش البکاره؛ لکن فيه ما عرفت سابقا من ظهور النصوص فى أن الزياده فى عقر البکر عوض عن أرش البکاره.

نعم الظاهر عدم الفرق بين اتحاد الوطء و تعدده إذا کان منشؤه واحده، و لم يتخلل الغرم أما لو وطأها أو لا للشرکه، ثم وطأها ثانيا بزعم أنها صارت له خالصه، و ثالثا أنها زوجته، فقل يحتمل التعدد کما فى شرح الأستاد و الله أعلم.

و على کل حال ف ينعقد الولد حرا لأصاله الحريه و التبعيه، و النصوص المتقدمه الإمره بالتقويم فيها، لمکان الحمل الذى تصير به أم ولد بالنسبه إليه، بل هى کالصريحه فى فرض الوطء فيها بغير الشبهه، لاشتمالها على الحد المعلوم درؤه بها فحينئذ لا فرق فى انعقاده حرا بين کون الوطء لشبهه أو لا کما هو صريح جماعه بل لا أجد خلافا فيه بينهم، و لعل الحکمه انه ليس زنا محصنا بسبب الملک للبعض الموجب لحصول الفراش، کما أومئ إليه بعض النصوص المتقدمه.

و منه ينقدح حينئذ أن الوجه فى الحريه انعتاق مقدار نصيبه عليه؛ ثم يسرى إلى غيره؛ الا أنه لما کان هو السبب فى ذلک أغرمه الشارع قيمه حصص الشرکاء منه نحو ما سمعته فى غرامته جميع القيمه عن ولده من الأمه التى ظهر استحقاقها للغير الذى اشتملت عليه النصوص السابقه، مضافا إلى بعض النصوص المتقدمه فى المسأله.

بل الظاهر مما دل على التقويم بالحبل عدم توقف الحريه على الولاده و إلا لم يلزم تقويمها بالحبل، و إلى ذلک أشار المصنف و غيره؛ بل لم يعرف خلاف فيه بينهم، بل ربما ادعى الإجماع عليه بالتعبير بالانعقاد حرا المتحقق بانعقاد النطفه أو العلقه، بل ظاهر النصوص و الفتاوى عدم الفرق فى ذلک بين دفع القيمه و عدمها، و إن کانت هى مستحقه على الوالد فما عساه يتوهم من بعض نصوص الأمه المستحقه

من التوقف على دفع القيمه لا بد من تأويله و طرحه، مع أنه لا صراحه فيه، بل و لا ظهور فى توقف الحريه، بل قد صرح فيه بعدم ملك ولد الحر بل أقصاه توقف دفع الولد على دفع القيمه، و هو مع أنه غير ما نحن فيه مطرح أو مأول.

و على كل حال فاحتمال كونه رقا إلى حين الولاده أو حين التقويم لا يلتفت اليه، و تظهر الثمره فى الوصيه به و له فى الجنايه عليه، و فى عزل نصيبه من الإرث فضلا عن نمائه، و فى غير ذلك مما لا يخفى.

و كيف كان ف على أبيه قيمه حصصهم يوم ولد و إن تأخر التقويم عنه إن تقوم حاملا و إلا دخلت قيمه الولد معها كما صرح به ثانى الشهيدين، و يعص من تأخر عنه، كفاضل الرياض و شيخنا فى شرحه نعم ظاهر الأخير اعتبار التراضى منهم بذلك، قال «فان اختلفا فالمدار على حين الولاده، إلا إذا خرج ناقصا فيعين اعتبار قيمه الحمل إن زادت على قيمته حين الولاده، مع احتمال تقويمه تاما و مع الخروج ميتا يفرض حيا سليما و يقوم، و الام باقيه على حالها، و يقوى اعتبار أعلى القيم من حين الحمل إلى حين الولاده أو إلى حين التقويم، ثم قال، بعد ذلك و يغنى مجرد التقويم من دون عقد، لظاهر الإطلاق فى الاخبار و كلام الأصحاب، و لذلك يصلح تقويمه ميتا، و لو خرج مريضا بجنايه قوم صحيحا».

قلت: لا أجد خلافا فى النص و الفتوى فى عدم اعتبار زمان التقويم المتأخر عن زمن الولاده، بل هو صرح قبل ذلك بأنه لو تأخر وقت التقويم عن يوم الولاده لوحظ الحال السابق بل ستسمع نسبه الخلاف إلى أبى حنيفه فى نظير المقام من الفاضل، و هو مشعر بالإجماع على أن الأصل براءه ذمه الأب من الزائد لو فرض علو القيمه كما هو الغالب، و براءه ذمه غيره من وجوب الالتزام بالناقص لو فرض حصوله بالتأخر.

مضافا إلى أن المتيقن من النصوص يوم الولاده، لأنه هو أول يوم تحقق اسم الولد فيه، بل المعتبر حال الخروج إلى الدنيا، بل منها مضافا إلى الأصل يستفاد عدم اعتبار أعلى القيم، خصوصا إذا كان الشريك هو الذى طلب التأخير إلى يوم الولاده، ضروره أنه باختياره ذهب الزائد عليه، بل و إن كان الطالب الواطئ، لعدم الالتزام بالتقويم حملا إذ النصوص أوجبت قيمه الولد، على أن الحمل لا طريق إلى تقويمه كما صرح به الفاضل و غيره لكن قد يقال إنه يمكن تقويم الحمل على احتمالاته.

نعم لا يقوم ولدا تاما حيا و هو حمل لعدم العلم بحاله، و لعل ذلك هو المراد بعدم إمكان تقويمه حملا إلا أن يلحظ تبعا فتقوم الحامل حينئذ باعتباره، فالزياده التى تفرض على كونها حائلا بسببه بمنزله القيمه له. و فيه أنه ربما تنقص قيمته الجاريه بحملها، لقله الانتفاع بها، و مخافه الحادث عليها بالطلق و نحوه و من هنا اعتبر فى النصوص الوارده هنا و فى الأمه المستحقه للغير و فى المدلسه نفسها و غير ذلك قيمه الولد، و ليس فى شى ء منها تقويمه حملا و لو بالتبعيه للأم؛ كما أن أكثر الفتاوى على غرامه قيمه الولد يوم ولد حيا اللهم الا ان يدعى ظهور بعض نصوص المقام الذى اشتمل على التقويم إذا أحبلها فى ذلك و فيه منع.

نعم قد يقال: إن المراد بدخوله فى قيمه الحامل أنه يضاف إلى قيمتها ما يكون قيمه له، فتكون القيمه التى لها عوضا عنه و عنها، لا أنه قيمه للحمل، و لذا اعتبر التراضى بينهما على ذلك فليس لأحدهما اقتراحه على الأخر هذا.

و فى الرياض فى شرح عباره النافع التى هى يجب على الواطئ قيمه حصص الشركاء منه عند الولاده قال: «و السقوط حيا ان قومت حائلا،

و إلا دخلت قيمه الولد معها كما ذكره جماعه من الأصحاب و الظرف يتعلق بالقيمه، أى القيمه عند الولاده بلا خلاف، توفيه لحق الشركاء من النماء و التفاتا إلى فحوى المعتبره الوارده فى وطئ الشركاء للأمه المشتركه» ثم ذكر الصحيح المتقدم المشتمل على القرعه، و ربما يتوهم منه اعتبار القيمه المزبوره و لو حال الحمل للتوفيه و للنصوص المشتمله على قيمه الولد، فيكون وقت الضمان وقت انعقاد الحمل باعتبار أنه كوقت التلف، و المضمون حينئذ قيمه ولد، للنصوص، و لعله على ذلك بنى شيخنا فيما سمعته من شرحه ضمانه لو خرج ميتا بأن يفرض حيا، و مريضا بأن يفرض صحيحا، بل قد سمعت احتمال تقديره تاما لو خرج ناقصا.

لكن فيه أن المنساق من عبارات الأصحاب اشتراط الحياه فى ضمانه فلو خرج ميتا لم يكن عليه شى ء أصلا، حتى قيمته حملا، كما يقوم يوم خروجه حيا على أى الأحوال كان من الصحه و المرض و التمام و النقصان و الذكوره و الأنوثه و المسخ و الخنوثه، بل هو كصريح الدروس فى الأمه المستحقه التى لم يظهر لنا فرق بينها و بين المقام بالنسبه إلى ضمان قيمه الولد فقال:
و عليه قيمه الولد إن سقط حيا كما أنه قال:

فى المقام و عليه قيمه نصيب الشريك يوم وضع حيا، بل قال الفاضل فى القواعد فى المقبوض بالبيع الفاسد لفساد الشرط إذا كان جاريه و لو وطأها لم يحد أى مع عدم علم الفساد، و عليه المهر و أرش البكاره و الولد حر و على أبيه قيمته يوم سقط حيا و لا شى ء لو سقط ميتا و أرش ما نقص بالولاده.

و فى التحرير فى أحكام البيع الفاسد أيضا لو كان المبيع أمه، انعقد الولد حرا لا ولاء عليه و يلحق به، و يجب على الواطئ قيمته يوم سقط لا يوم المحاكمه،

و لا تجبر قیمه الولد النقصان و ان ساواه فی القیمه و لو سقط میتا لم یضمنه اما لو ضرب أجنبی بطنها فألقته میتا تاما وجب علی الضارب مأه دینار و للسید منها أقل الأمرین من دیه الجنین أو قیمته حین سقوطه، و باقی الدیه لورثته، الی ان قال: و لو کان الضارب الواطئ فألقته میتا فعلیه دیه الجنین یأخذ السید منها أقل الأمرین، و الباقی لورثته غیر الواطی. (و قال): «فی الأمه المستحقه و ینعقد الولد حرا و علی الأب قیمته یوم ولد، و فی وطی الشریک یغرم ثمن ولدها یوم سقوطه حیا» و الظاهر عدم الفرق فی الحکم بین الجمیع فیکون المراد الضمان بشرط الحیوه:

و أصرح من الجمیع ما فی التذکره قال فی البیع الفاسد منها: «و یجب علی الواطئ قیمه الولد للبائع: لأنه نماء ملکه و قد حال بینه و بینه بالحریه فکان علیه و ل

قول الصادق علیه السلام (۱)«فی رجل اشتری جاریه فأولدها فوجدت الجاریه مسروقه قال:

یأخذ الجاریه صاحبها، و یأخذ الرجل ولده بالقیمه»

(الی ان قال) تعتبر قیمه الولد یوم سقوطه حیا، لانه وقت للحیلوله بینه و بین صاحبه، و لو سقط میتا فلا شی ء لأنه لا قیمه له حینئذ، و لا یقوم قبل سقوطه لانه لا قیمه له حینئذ، فإذا لم یکن له قیمه حین سقط لم یضمن، و هو قبل ذلک لا قیمه له، لا یقال لو ضربه أجنبی فسقط میتا وجب علیه الضمان و کان للسید من دیته أقل الأمرین من دیه الجنین و من قیمته یوم سقط، لأنا نقول الواطئ یضمنه بالحیلوله بینه و بین سیده، و وقت الحیلوله حین السقوط و کان میتا فلم یجب ضمانه، و ضمان الضارب قائم مقام خروجه حیا، فلهذا ضمنه البائع و انما ضمن الأقل، لأن دیه الجنین ان کانت أقل لم یضمن أکثر من ذلک، و ان کانت القیمه أقل کان الباقی لورثته و یطالب المالک من شاء من البائع و المشتری، و قال أبو حنیفه یغرم قیمه الولد یوم المحاکمه» الی آخره.

۱- ۱ الکافی ج ۵ ص ۲۱۵ الحدیث ۱۰ الطبع الحدیث.

و قال فی المقام «و علی أبیه قیمه حصه الشریک منه یوم الولاده، لأنه وقت الحیلوله و أول أوقات التقویم» و قال فی الأمه المستحقه الولد حر و علی أبیه قیمته لمولاه یوم سقط حیا و به قال الشافعی لأنه أتلف علی مولاه رفیقا باعتقاد أنه ملکه، و لا یقوم حملا لعدم إمکان تقویم الحمل، فیقوم فی أول حاله انفصاله لأنها أول حاله إمکان تقویمه و لان ذلک هو وقت الحیلوله بینه و بین سیده» الی آخره و الجمیع کما تری ما بین صریح فیما قلنا و ظاهر.

بل قال شیخنا فی شرحه فی ظهور استحقاق الأمه و علی الأب قیمته للمولی یوم سقوطه بل حین سقوطه ان سقط حیا مستقرا لحیاه علی نحو یکون مقوما لأنه أول أزمنه التقویم، للإجماع و الاخبار بأن یقوم علی ما هو علیه من نقص عضو أو صفه، مع ملاحظه بقاء الرقیه دون الأول إلی الحریه، و لو خرج میتا لا قیمه له فلیس علی الأب شی ء، و قوی بعضهم تغریمه دیه جنین امه، و لیس بقوی، و یقوی مراعاه التفاوت بین القیمتین، و لو اشتبه الحال، فالأقوی عدم التغریم و یحتمل ثبوته عملا بالأصل، و هو مناف لما سمعته سابقا منه هذا.

و لکن فی الکتاب فی باب الغصب، فیما لو کان المغصوب جاریه فوطئها جاهلین بالتحریم قال: «و لو أحبلها لحق به الولد، و علیه قیمته یوم سقط حیا و أرش ما ینقص من الأمه بالولاده، و لو سقط میتا قال الشیخ رحمه الله علیه لا یضمنه، لعدم العلم بحیاته و فیه إشکال ینشأ من تضمین الأجنبی، و فرق الشیخ بین وقوعه بالجنایه و وقوعه بغیر جنایه، و لو ضربها أجنبی فسقط ضمن الضارب للغاصب دیه جنین حر و ضمن الغاصب للمالک دیه جنین امه» و ظاهره التوقف فی عدم الضمان لو خرج میتا.

کالفاضل فی القواعد فی هذا الباب أیضا حیث قال: «و لو سقط میتا فإشکال ینشأ من عدم العلم بحیاته و من تضمین الأجنبی، بل فی المسالک فی هذا الباب

«ان الوجه ضمان الغاصب دیه جنین امه سواء سقط بجنایه أم لا، لکن علی تقدیر کونه بجنایه، للمالک دیه جنین أمه، و باقی دیه جنین الحره للإمام لأن القاتل لا یرث و الأمه رقیقه لا ترث الی غیر ذلک من کلماتهم التی بملاحظتها جمیعا یحصل الشک فی المسأله، و لعل مقتضی الأصل معه عدم الضمان، لعدم صدق تلف المال بانعقاد الحریه، بل أقصاه انه لو لم یکن مشتبها لکان الولد رقا، و مثله لیس سبب ضمان، و الضمان ولدا للنصوص، و اما ضمان الجنین بجنایه جان فلانه کالخروج حیا کما سمعته من الفاضل، فتأمل جیدا، فإن المسأله من المشکلات، هذا و قد یفرق بین المقام و بین الغصب و المقبوض بالبیع الفاسد و غیرهما مما تکون للعبد فیه ید ضمان، باقتضاء عموم

«علی الید»(۱)

الضمان فی الثانی دون الأول، بل ینبغی الجزم به فیما لو طرء الفساد علیه ضروره کونه کموت المغصوب فی ید الغاصب حتف انفه و لعله لذا جعل الوجه فی المسالک الضمان مطلقا.

م قد یقال بعدم الضمان فیما لو علم الفساد بأصل النمائیه علی وجه لم یتحقق نمائیته بحیث یکون مالا متقوما کما فی الفرض فإنه مع فرض سقوطه لفساد فی أصل تکونه لا یکون مالا، بخلاف طلع النخل المغصوب مثلا إذا فرض فساده فی ید الغاصب فإنه مال متقوم فیضمن علی حاله، لا انه یفرض کونه تمرا کل ذا و المسأله بعد محتاجه إلی تنقیح.

و اما ضمان أقل الأمرین فلان المملوک لا یضمن بأزید من دیه الحر و لعل إطلاق المسالک منزل علیه کما ان قوله ینتقل الی الامام مبنی علی عدم وارث غیر الأب و الام، و الا انتقل الیه، و قد عرفت مما قدمنا ان الاعتبار بالقیمه حین الولاده لا حین

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰ کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

التقویم الذی هو بمعنی المحاکمه کما قال أبو حنیفه و الله أعلم.

[المسأله الحادیه عشره المملوکان المأذون لهما إذا ابتاع کل واحد منهما صاحبه من مولاه حکم بعقد السابق]

المسأله الحادیه عشره المملوکان المأذون لهما فی التجاره إذا ابتاع کل واحد منهما صاحبه من مولاه له بناء علی ملک العبد حکم بعقد السابق و بطلان اللاحق، لعدم صحه تملکه سیده فان اتفقا فی وقت واحد ای اتحد الزمان للجزء الأخیر من قبولهما بطل العقدان لعدم صحه ترتب اثر کل منهما، و ترجیح أحدهما علی الأخر ترجیح بلا مرجح، و احتمال الرجحان فی الواقع فیستخرج بالقرعه معارض باحتمال عدمه، علی ان التکلیف منوط بالأسباب الظاهره و الإلزام التکلیف بالمحال، و لیس کالقرعه فی عتق العبید، لأن الوصیه بالعتق، بل نفس العتق قابل للإبهام، بخلاف البیع و سائر المعاوضات.

و مرسله الکافی الاتیه التی أشار إلیها المصنف بقوله و فی روایه یقرع بینهما[1]قد عمل بها الشیخ و غیره، مع انها لیست حجه فی نفسها معارضه.

بخبر ابی خدیجه الاتی نعم إذا علم السبق و لم یتعین السابق اتجه إخراجه بالقرعه التی هی لکل أمر مشکل»[2]من موضوعات الاحکام، و هذا منه، بل یقوی لذلک أیضا جریانها فیما لو اشتبه السبق و الاقتران، فلم یعلم أیهما الذی وقع، و جواز الاقتران مع عدم معلومیه السبق المصحح للبیع، فلا یجوز الحکم بالمسبب مع الجهل بالسبب لا یصلح مخصصا، و لا فرق بین علم تاریخ أحدهما و جهله علی الأصح.

نعم قیل یحتاج فی الصوره الاولی الی رقعتین یکتب فی أحدهما السابق، و فی

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۸ من أبواب بیع الحیوان الحدیث- ۲- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی الحدیث ۱۱ باختلاف یسیر.

الأخرى المسبوق، و فى الثانيه إلى ثلاث رقع، يكتب فى الثالثه الاقتران، ليحكم معه بالبطلان، و اما قول المصنف و فى روايه أخرى

يذرع الطريق بينهما و يحكم للأقرب فلم نجدها بل لو وجدت لم يكن لها معنى محصل، إذ الفرض حصول الاتفاق فى الوقت الواحد، فلا مدخليه لذرع الطريق و حينئذ فلا ريب فى ان الأول أى البطلان أظهر لما عرفت كما انك قد عرفت ان الأقوى القرعه فى غيره.

لكن

روى أبو خديجه(۱)كما فى الدروس و غيرها و فيما حضرنى من نسخه الوسائل و الحدائق أبو سلمه عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجلين مملوكين مفوض إليهما يبيعان و يشتريان بأموالهما، كان بينهما كلام فخرج هذا يعدو الى مولى هذا و هذا يعد و الى مولى هذا، و هما فى القوه سواء فاشترى هذا من مولى هذا العبد و الأخر كذلك و انصرفا الى مكانهما فتشبث كل واحد منهما بصاحبه، و قال له أنت عبدى و قد اشتريتك من سيدك قال: يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق فأيهما كان أقرب فهو الذى سبق الا بعد و ان كانتا سواء فهما ردا على مواليهما جاءا سواء و افترقا سواء الا أن يكون أحدهما سبق صاحبه، فالسابق هو له، إنشاء باع، و إنشاء أمسك و ليس له أن يضربه»

قال الكلينى و الشيخ و

فى روايه أخرى (۲)«ان كانت المسافه سواء أقرع بينهما، فأيهما وقعت القرعه عليه كان عبده»

و هو كما ترى صريح فى ان المسح للاشتباه لا للعلم بالاتفاق الذى هو كالصريح فى البطلان معه، و ان كان ما فيه من الحكم بذلك لتساوى الطريقين

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۸ من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۸ من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۲.

واضح الاشكال، كالإشكال فيما فيه من الحكم بالسبق لا قربيه الطريق إذ هو مع قصوره عن الحجيه بالضعف، و اعراض الأكثر بل لم يعمل به الا النادر كالشيخ فى النهايه التى هى متون أخبار و بعض أتباعه، و مخالفته للضوابط الشرعيه محتمل لإراده حصول اليقين بذلك.

و على كل حال فلا دلاله فيه على المسح مع الاقتران بل هو دال على خلافه، بل قيل ان مرسل القرعه لا دلاله فيه أيضا، على أن محله الاقتران و ان كان قد يناقش فيه بأن الظاهر إراده الكلينى و الشيخ من قولهما و فى روايه أخرى الى آخره أنها كهذه الروايه فى السؤال و الجواب الى قوله و ان كانتا سواء اختلفا فالأولى حكم فيها بالبطلان، و فى الأخرى بالقرعه، و لا ريب أن روايه القرعه أولى لاعتضادها بعموم

ما دل على «انها لكل أمر مشكل»(۱)

و لان استواء الطريق أعم من الاقتران فهى مؤيده لما ذكرناه من مشروعيتها للاشتباه فى السبق أو السابق لكن قد يقال ان الخبر صريح

فى القرعه ليتعين أحدهما خاصه من دون تعرض لاستخراج الاقتران المقتضى للبطلان. بل ظاهره أو صريحه عدمه.

هذا كله إذا كان الشراء لهما، اما إذا كان لسيدهما فعقد السابق منهما صحيح ماض، و الأخر محتاج إلى الإجازه، بناء على انقطاع الاذن عنه بزواله عن ملك السيد و ان به تفترق الاذن عن الوكاله و ان عقده حينئذ للغير فضولى موقوف على اجازه ذلك الغير، و ان اقترنا، فالمعروف بين المتأخرين البطلان، لتوقف الصحه على بقاء الاذن الموقوف على عدمها لكن الظاهر اراده التوقف على الإجازه من البطلان، إذ لا وجه له معها فيصحان معا لو اجيزا، و الا فالمجاز منهما، لعدم استناد الصحه حينئذ الى الاذن بل إليها و فيه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ۱۱ باختلاف يسير.

انه يمكن القول بالصحه من دون توقف على اجازه بل به جزم الكركى لأن الإذن مقارنه لتمام العقد، فالانتقال و انقطاع الاذن قد ترتبا معا على تمام العقد ترتبا ذاتيا، و لا يعتبر فى الاذن أزيد من ذلك فتأمل جيدا.

و ان علم السبق و اشتبه السابق، و قد حصل الرد من أحدهما فالقرعه، و لو كانا وكيلين صح العقدان على كل حال، بناء على عدم انقطاعها بالخروج عن الملك، و فى شرح الأستاد «إلا مع قرينه التقييد، فلو عقد على انه عبد مأذون فظهر حرا، أو ملكا لغير الاذن بطل عقده على نحو ما تقدم، و لو كان وكيلا صح و لو توكل على انه حر فعقد فظهر عبدا لغير موكله، بطل، و مع الإجازه من مولاه تقوى الصحه كما لو ظهر عبدا لموكله.

و فيه سؤال الفرق بين الاذن و الوكاله، و لو اذن له ثم باعه فعاد اليه لم تعد اذنه على الأقوى، كما لو حرر فعاد ملكا له، و الزوجه و الخادم و الشريك المأذونون تزول الاذن عنهم بزوال الصفات و لا تعود، لو عادت، على الأقوى» و هو جيد على الفرق بين الاذن و الوكاله، و فيه بحث، و عليه فلو كان احد العبدين وكيلا و الأخر مأذونا صح شراء الوكيل مطلقا، و اما المأذون فإن تقدم شراؤه صح، و الا كان موقوفا على الإجازه و الله أعلم.

[المسأله الثانيه عشر من اشترى جاريه سرقت من ارض الصلح كان له ردها على البائع]

المسأله الثانيه عشر من اشترى جاريه سرقت من ارض الصلح قطعا أو بمنزلته، و الا فلو سرقت من ارض الحرب مع احتمال كونها من أهل الحرب أو منهم و لو فى غير أرضهم، فللسارق، بل فى شرح الأستاد انها لو سرقت من كافر فى غير تلك الأرض، و لا يعلم حاله أو بين الحدين و لا يعلم حاله احتمل عدم العصمه و ثبوتها و هو الأقوى، و ان كان فيه ان ما ذكره احتمالا هو الأقوى على الظاهر، و على كل حال ففى مفروض المسأله كان له ردها على

البائع و استعاده الثمن و لو مات أخذ من وارثه و لو لم يخلف وارثا استسعيت فى ثمنها على

ما رواه مسكين السمان (۱)عن ابى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل اشترى جاريه سرقت من ارض الصلح فقال فليردها على الذى اشتراها منه، و لا يقربها ان قدر عليه، أو كان مؤسرا قلت جعلت فداك انه مات و مات عقبه قال: فليستسعها»

و أو فيه بمعنى الواو اى لا يقرب الجاريه باستسعاء ان قدر على البائع و كان مؤسرا، و يحتمل ان يكون المراد أو كان المشترى موسرا اى لا يقربها مع أحد الأمرين، الا انه مع قصوره سندا و لا جابر مخالف للقواعد الشرعيه بالرد إلى البائع الذى هو ليس مالكا و لا وليه و لا وكيله، بل ربما كان هو الظالم السارق، و باستسعاء مال الغير فيما لم يصل اليه و هو ظلم فوق ظلم.

و زاد فى شرح الأستاد مخالفته بإطلاق ما دل فيه على رد الثمن، مع انه لا يتم بناء على عدم الرجوع به مع تلفه و علم المشترى، و بترتيب الاستسعاء على موت الوارث و عقبه- من غير اعتبار لفقد باقى الورثه و عدمه، و بقاء مال للميت و عدمه، و بان ظاهره انه ان لم يكن قادرا على البائع أو الرد عليه و كان البائع معسرا، أو المشترى على اختلاف الوجهين فلا رد، و يكون له عوض الثمن، و ان كان يمكن دفع ما ذكره جميعا، بل بعضه واضح الدفع. فالعمده حينئذ الأولان اللذان اقتصر عليهما الأصحاب.

لكن فى الدروس «و الأقرب المروى تنزيلا- على ان البائع مكلف بردها إلى أهلها اما لانه السارق، أو لأنه ترتبت يده عليها، اى فهو

أقدم، و خطابه بالرد الزم خصوصا مع بعد دار الكفر و استسعاؤها جميعا بين حق المشترى. و حق صاحبها، و الأصل فيه ان مال الحربى فى ء فى الحقيقه، و فيه أن ذلك يصلح ان يكون تقريبا للنص الجامع لشرائط الحجيه لا- انه به يكون موافقا للقواعد، ضروره عدم اقتضاء سرقته، و ترتب

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب بيع الحيوان الحديث- ۱.

یـده، و خطابه بالرد جواز تمکینه من مال الغیر بعـد الوصول الی ید غیره الذی صار مخاطبا بالرد، و مع الاحتیاج الی المؤنه یلتزم بها السارق.

نعم قـد یحتمـل ذلـک فی خصوص مـا لو کـانت فی یـد البائع أمانه شـرعیه، کما انه لا معنی للجمع بین حق المشتری و المالک بذلک، بعد ان لم یکن حق له علیه، إذ لا تَزِرُ وازِرَهٌ وِزْرَ أُخْری (۱)و المحترم بالعارض کالمحترم بالأصل، کما هو واضح و من هنا قیل کما عن الحلبی انها تکون بمنزله اللقطه و الموجود فی السـرائر بعـد ذکر الخبر السابق «کیف تستسـعی هـذه الجاریه بغیر اذن صاحبها، و کیف تعتق و لا علی ذلک دلیل، و قد قدمنا انها ملک الغیر، و الاولی ان تکون بمنزله اللقطه، بل یرفع خبرها الی حاکم المسـلمین و یجتهـد علی ردها علی من سـرقت منه، فهو الناظر فی أمثال ذلک، و لعله یریـد ما ذکره المصـنف بقوله و لو قیل تسـلم الی الحاکم و لا تستسـعی کان أشـبه بأصول المـذهب و قواعده و اختاره جماعه ممن تأخر عنه بل فی الریاض «نسـبته الی کثیر من

المتـأخرین» لکن فی الریـاض «ان ذلـک بعـد تعـذر الرد علی المالـک و وکیله، و قال یمکن تنزیل الإطلاق علیه، لغلبه بعـد دار الکفر، و وجهه حینئذ واضح».

قلت: هو کذلک بعد ان تکون من مجهول المالک فی یده، بل قد یقال: بجواز تسلیمها له قبل وصولها حد مجهول المالک کما هو صـریح شـیخنا فی شـرحه، باعتبـار انه ولی الغـائب فیبحث حینئـذ هو عن صاحبهـا و یردها الیه و الا وضـعها فی بیت المال أو تصدق بها عن صاحبها من دون شرط الضمان أو مع نیته من بیت المال أو من البائع أو من المشتری

۱- ۱ سوره النجم الآیه ۳۷.

أو كليهما، و ان كان قراره على الغار و الظالم. و عـدم وصول العوض لا ينافى التعبـد و مئونه الرد على البائع، قيل أو المشترى ان لم يكن مغرورا، و الا فعلى الغار كسائر الغرامات، و فيه انه يمكن التشـريك بينهما فيهما مع عـدم الغرور، و كذا قيل ان النفقه لو أدخلها فى بيت المال من كسـبها أو منه و نفقه مده البقاء لو قبضـها عن الفقراء من كسـبها أو منهم، و لو قبضـها لصاحبها فالنفقه عليه، و فيه أنه يقوى كون النفقه فى الأخير على الظالم.

و كيف كـان فظاهر من قال بالـدفع الى الحاكم ان ذلك لأنه ولى عن الغائب، لا انه لكون الجاريه للإمام الـذى هو وارث من لا وارث له، و هو نـائب عنه، كمـا عن الأردبيلى، إذ ليس فى شـى ء من النص و الفتوى ما يشـهد بـذلك، و الموت فى الروايه لغير المالك قطعا، كما هو واضح.

ثم انه على العمل بالخبر المزبور ينبغى الاقتصار فيه على مضمونه و لا يتعدى منه الى غيره حتى بالنسبه إلى خصوص الجاريه فلا يتعـدى الى غيرهـا من الأـموال الصـامته و الناطقه و خصوص أرض الصـلح و لا يلحق بهم غيرهـم من محترمى المال، بل لا يبعد الاقتصار على كون المشترى رجلا، و بالجمله متى قام احتمال الفرق وجب العمل على مقتضى القواعد و الضوابط، أوجب الله لنا كتابه ذلك فى صحائف الحسنات و أقالنا من موبقات العثرات بحق خير خلقه محمد و أهل بيته الساده الهداه.

ثم المجلـد الثـانى من العقود بعون الله الرؤف الودود و يتلوه فى المجلـد الثـالث السـلف نرجو من الله التوفيق لإتمامه و العفو عما سلف و الحمد لله.

[الفصل العاشر فی السلف]

اشاره

الفصل العاشر من فصول کتاب التجاره فی السلف و النظر فیه یستدعی مقاصد

[المقصد الأول فی حقیقه السلم]

الأول فی حقیقه السلم بفتح السین و اللام الذی هو مرادف للفظ السلف قال فی مختصر النهایه السلف السلم، و فی المجمل بالعکس، و زاد و السلم معروف کما أنه فی الأول عطف القرض علیه، و لعل اشتراکهما لفظا فیه لاشتراکهما فی أن کلا منهما إثبات مال فی الذمه بمبذول فی الحال و الأمر سهل، و علی کل حال فالظاهر جریان البحث السابق فی لفظ البیع أنه اسم للعقد أو النقل و الانتقال أو غیر ذلک من الاحتمالات السابقه فی لفظه أیضا، فقول المصنف هنا هو ابتیاع مال مضمون إلی أجل معلوم بمال حاضر أو فی حکمه مما یؤید کون لفظ البیع عنده للانتقال المراد من الابتیاع هنا، لا خصوص الشراء.

کما انه فی الدروس عرفهما معا بالعقد، و انسیاق الکلی فی الذمه من المضمون خصوصا بعد قوله إلی أجل معلوم، أغنی عن ذکر ما یحترز به عن المبیع المضمون قبل القبض، فلا وجه لما فی التنقیح، کما أن ذکر اشتراط المعلومیه فی المبیع و الثمن سابقا و لاحقا أغنی عن ذکر ذلک فی التعریف، و أخرج بقوله بمال حاضر أو فی حکمه النسیئه لعدم اعتبار ذلک فیها، إذ المراد بالحاضر المشخص الموجود فی مجلس العقد و الذی فی حکمه المقبوض قبل التفرق و ان لم یکن موجودا فی مجلس العقد، أو یراد بالحاضر المشخص، و ما فی حکمه الکلی فی الذمه المدفوع قبل التفرق، أو الدین الذی فی ذمته بناء علی جواز جعله ثمنا للسلم، أو نحو ذلک مما لم یعتبر فی النسیئه قطعا، و أما اعتبار الأجل فیه فهو المشهور علی الظاهر، و قیل بجوازه حالا، و ستعرف تحقیق الحال فیه، و کان المناسب ممن یقول بعدم اعتباره فیه کالشهید فی الدروس

عدم أخذه فی التعریف.

و کیف کان فقد أجمع المسلمون علی جوازه، کما أن السنه قد تواترت فیه بل عن ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلی أجل مسمی قد أحله الله فی کتابه، أی فی قوله (۱)«یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِذا تَدایَنْتُمْ بِدَیْنٍ إِلی أَجَلٍ مُسَمًّی فَاکْتُبُوهُ» و لعله لعموم اللفظ، نعم هو نوع من البیع قطعا فلا بد فیه من إیجاب و قبول، بل ینعقد بلفظ أسلمت إلیک أو أسلفت ک کذا فی کذا الی کذا من المشتری، فیقول المسلم إلیه أی البائع قبلت و شبهه، بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع علیه و لا یقدح کون الإیجاب فیه من المشتری و القبول من البائع إذ ذلک من جمله أحکامه التی اختص بها عن باقی أفراد البیع و شارک الصلح بها بل الإیجاب بهذا اللفظ مختص بالمشتری، ضروره عدم تعقل معناهما من غیره، کما صرح به فی جامع المقاصد و قد الحق بهما المصنف و الفاضل فی القواعد جمیع ما أدی معنی ذلک و ظاهرهما جواز العقد به و ان کان مجازا، و فیه بحث لیس ذا محله، و الاولی الاقتصار علیهما، و سلفت فی إیجاب المشتری، و أما سلم فقد قیل ان الفقهاء لم یستعملوه و منه ینقدح الشک فی العقد به، إذ الواجب الاقتصار علی المتیقن فیما خالف أصاله عدم النقل و آیه(۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» غیر مراد منها العموم قطعا و الا لکان الخارج أضعاف الداخل، بل لا یبعد کون المراد منها الأمر بالوفاء بعقد البیع، و عقد الإجاره و غیرهما، لا أن البیع مثلا ینعقد بکل لفظ، و لتمام الکلام محل آخر هذا کله فی الإیجاب من المسلم أی المشتری.

۱- ۱ سوره البقره آیه- ۲۸۲.

۲- ۲ المائده الآیه- ۱.

و أما الإيجاب من البائع فيقع بلفظ البيع فإذا قال المسلم إليه أى البائع بعتك كذا، و صفته كذا إلى أجل كذا، بثمن كذا، و قال المشترى: قبلت و دفع الثمن فى المجلس انعقد سلما، لا بيعا مجردا عن كونه سلما، و لا تجوز فيه على حسب باقى استعمال العام فى الخاص، و منه يعلم حينئذ عدم اعتبار قصد السلميه فى صيرورته سلما. بعد أن كان مورده متشخصا فى نفسه، إذ ظاهر النص و الفتوى تحقق مسماه بذلك من دون اعتبار شرط آخر بل قد يقال: انه لا يقدح قصد غير السلميه فى تحقيق كونه سلما فضلا عن عدم القصد و ان أقصاه الغلط فى القصد بعد ان كان ذلك وظيفه الشارع ضروره ان مرجعه إلى إثبات أحكام شرعيه، كالقبض فى المجلس و نحوه على هذا الموضوع الخاص، فقصد عدمها كالمعارضه للشارع و لئن فرض كونه تشريعا على وجه لا يريدان النقل و الانتقال الا على هذا التقدير لم يبعد القول بالبطلان فتأمل جيدا.

و على كل حال فما عن بعض الشافعيه من أن ذلك بيع لا سلم فلا يجب القبض فى المجلس و غيره من أحكامه نظرا الى كون الإيجاب بلفظ البيع فواضح الفساد، إذ مع كون الاولى النظر إلى المعانى لا تنافى هنا بين اللفظ و المعنى، ضروره كون السلم نوعا من البيع، فليس فى لفظ البيع ما يقتضى كونه غير سلم، حتى يحتاج الى ترجيح النظر الى اللفظ على المعنى، كما سمعته عن بعض الشافعيه، أو العكس كما فى قواعد الفاضل، فمعنى السلم حينئذ لا معارض له، أقصاه عدم وجود اللفظ المخصوص كما هو واضح، و كذا يقع بلفظ استلفت و استلمت، و تسلفت و تسلمت، بناء على جواز سلم فيقول المسلم: قبلت و نحوه.

و أما عقده بلفظ الشراء الذى ليس بمعنى البيع، فالظاهر كونه من

السلم قال فی التذکره: «و لو أسلم بلفظ الشراء فقال: اشتریت منک ثوبا أو طعاما صفته کذا الی کذا بهذه الدراهم، فقال: بعته منک انعقد»، قلت: لکن فیه تقدیم القبول علی الإیجاب، أما لو قال قبلت و نحوه فقد یقال بصحته هنا، بناء علی ما سمعته من اختصاص السلم بجواز کون الإیجاب من المشتری، و القبول من البائع، فیکون حینئذ هذا منه. و کیف کان ف هل ینعقد البیع الذی لیس بسلم بلفظ السلم کان یقول: أسلمت إلیک هذا الدینار فی هذا الکتاب، الأشبه نعم عند المصنف و الفاضل و الکرکی و الشهیدین، بل قال ثانیهما انه مذهب الأکثر اعتبارا بقصد المتعاقدین و ان لم یکن اللفظ حقیقه فیه، و فی التحریر کما عن الإیضاح التوقف فیه.

قلت: تفصیل القول فی ذلک أن النزاع ان کان فی قیام صیغه أسلمت مقام بعت کالعکس فمحله فی صیغه البیع، و لعل التحقیق عدم الجواز، لانه مجاز بخلاف العکس، فإنه حقیقه مع عدم قصد الخصوصیه، إذ السلم نوع من البیع، فاستعمال صیغه البیع فیه استعمال للفظ فیما وضع له، أقصاه أن لهذا الفرد من البیع أحکاما خاصه، أما استعمال صیغه أسلمت مرادا منها معنی بعت المجرده عن السلم، فان جاز فإنما هو مجاز، و الاحتیاط فی العقود اللازمه باعتبار الاقتصار فیها علی المتیقن من العقود فی النقل الذی مقتضی الأصل خلافه یقتضی عدمه. و من هنا قال فی المسالک:

ان القول بالعدم لا یخلو من قوه.

و دعوی- ان البیع یصح بکل ما ادی ذلک المعنی المخصوص، و السلم نوع منه اعتبره الشارع فی نقل الملک فجاز استعماله فی الجنس مجازا تابعا للقصد- واضحه المصادره، کدعوی انه إذا جاز استعماله لما فی الذمه المحتمل للغرر، کان مع المشاهده أدخل، لأنه أبعد من الغرر، إذ مع المشاهده یحصل العلم أکثر من الوصف

و الحلول يتيقن معه إمكان التسليم و الانتفاع، بخلاف الأجل فكان أولى بالصحه، إذ هى أوضح من الاولى بطلانا، كالقول بأن البيع ينعقد بملكتك كذا بكذا، و لا ريب ان السلم أقرب الى حقيقه البيع من التمليك المستعمل استعمالا شائعا فى الهبه، فإذا انعقد بالأبعد لتاديه المعنى المراد، فالأقرب إذا أداه أولى، إذ فيه بعد إمكان الفرق منع الانعقاد به على تقدير المجازيه هذا.

و لتحقيق المسأله مقام آخر الا ان المتجه على تقدير كون المراد من النزاع هنا ذلك أن يكون المقال أسلمت هذا الكتاب فى هذا الدينار حتى يكون النقد ثمنا كما هو الغالب، و به مثل فى القواعد، اللهم ان يكون مراده انعقاد البيع بعقد السلم، بمعنى انعقد السلم بكيفيه يصح عقد البيع به فيقول المشترى حينئذ أسلمت إليك هذا الدينار فى هذا الكتاب فيقول البائع: قبلت فينعقد بيعا باعتبار ان مورده العين التى لا- يصح السلم فيها، و ربما يومى اليه ما فى المسالك من تفسير ما فى المتن أى قال ذلك المشترى فيكون ذلك على نهج السلم من كون المسلم الثمن و المسلم فيه هو المبيع و هذا و ان كان يناسب وضعه فى هذا الباب الا ان الأصح العدم فيه إذ لا يخلو من أن يكون العاقد قصد فى هذا العقد السلم و لو للجهل منه بأنه (۱)يصح أن يكون مورده العين، فيصح حينئذ بيعا قهرا عليه لعدم مدخليه قصد الخصوصيات ضروره أن من قصد الصرف مثلا فى غير مورده لا يبطل كونه بيعا و ربما أومى الى ذلك قولهم يشترط كون المسلم فيه دينا فلا ينعقد فى عين نعم ينعقد بيعا أو يكون قد قصد البيع فى ذلك من الأول الأمر.

و على كل حال فهو باطل إذ مرجع الأول إلى الغلط الذى لا يصلح لان يكون عقدا إذ ليس هو من الحقيقه و المجاز و قصد الصرف فى مورد غيره أمر خارج لا يورث

۱- ۱ هكذا فى النسخه المصححه، لكن الصحيح لا يصح كما هو واضح.

استعمالا للفظ، لعدم جعل الشارع إياه قسما مستقلا له صيغه تخصه، و مرجع الثانى إلى استعمال عقد السلم فى البيع، و لا دليل على صحه عقد غيره به، سيما إذا كان بكيفيه وقوع الإيجاب فيه من المشترى و القبول من البائع الذى لا يصح فى غير السلم من البيع، هذا و فى القواعد بعد أن ذكر أن الأقرب انعقاد البيع بلفظ السلم قال: «و كذا لو قال: بعتك بلا ثمن أو على أن لا ثمن عليك فقال: قبلت ففى انعقاده هبه نظر، ينشأ من الالتفات الى المعنى و اختلال اللفظ، و هل يكون مضمونا على القابض فيه إشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا، و دلاله لفظه على إسقاطه، و لو قال: بعتك و لم يتعرض للثمن فإنه لا يكون تمليكا و يجب الضمان.» و نحوه فى التذكره «و فيه ان التنافى يندفع إذا عدل باللفظ عن مدلوله الى معنى أخر لا يكون سببه التنافى، لأن هذا غير كاف فى الصحه، و الا فلا يبطل شى ء من العقود المشتمله على ما ينافيها، لوجود المندوحه فى المعدول به الا ما لا ينافى، و الاولى جعل منشأ النظر وجود لفظ البيع المقتضى للثمن، و وجود المنافى لصحته و هو اشتراط عدم الثمن فيكون بيعا فاسدا، و من ان التقييد بعدم الثمن قرينه على إراده الهبه من لفظ البيع لان الهبه هى التمليك بغير عوض، فهو مساو لها فى المعنى» و فيه «ان عقد الهبه و ان كانت من الجائز الا ان عقدها بمثل ذلك محل نظر أو منع.» و منه يعلم ما فى المحكى عن بعضهم من ان المدار فى ذلك على القصد، فان قصد الهبه صح و ان قصد البيع. بطل بل و ما عن حواشى الشهيد من أن ذلك مبنى على ان العقود توقيفيه أو اصطلاحيه، فعلى الأول لا يصح، لان البيع لا بد فيه من العوض، و انتفاء الجهاله، و، على الثانى يصح، إذ من الواضح ان الثانى ليس قولا لأحد منا، بل و لا احتمالا، و اما الضمان فهو المتجه بناء على انه بيع فاسد، ضروره كون المنع فى العباره على

تقدیر صحه هذا العقد فمع عدمها یبقی ما دل علیه من عموم

«علی الید»

و غیره سالما اللهم الا ان یقال ان ذلک هبه فاسده و «ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» و هو لا یخلو من وجه بنا علی انه قصد بذلک الهبه فتأمل جیدا و الله اعلم.

و علی کل حال ف یجوز إسلاف الاعراض فی الاعراض إذا اختلفت أو اتفقت و لم تکن مقدره بأحد الأمرین أو الثلاثه لإطلاق الأدله و

فی خبر وهب (۱)«لا بأس بالسلف ما یوزن فیما یکال و ما یکال فیما یوزن»

و المناقشه فی سنده یدفعها الانجبار بالشهره العظیمه، بل فی المختلف عن المرتضی الإجماع علیه، و انه قال: یجوز عندنا ان یکون رأس

المال فی السلم غیر ثمن من سائر المکیلات و الموزونات و یجوز ان یسلم المکیل فی الموزون، و الموزون فی المکیل لیختلف جنساهما، و ما أظن فی ذلک خلافا بین الفقهاء، فما عن ابن ابی عقیل من أنه لا- یجوز السلم الا بالعین و الورق و لا یجوز بالمتاع واضح البطلان، و کالمحکی عن ابی علی من انه لا یسلم فی نوع من المأکول نوعا منه إذا اتفق جنساهما فی الکیل و الوزن و العدد و ان اختلفت أسماؤها کالسمن فی الزیت لانه کالصرف نسیئه و ان کان قد یوهمه

صحیح عبد الله بن سنان (۲)عن الصادق علیه السلام «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أسلف رجلا زیتا علی ان یأخذ سمنا قال: لا یصلح

، ک

حسنه (۳)«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول: لا ینبغی إسلاف السمن بالزیت، و الزیت بالسمن»

الا أن الظاهر إراده الکراهه منهما، و أوضح من ذلک فسادا ما حکی عنه أیضا لا اختار أن یکون ثمن السلم فرجا یوطأ، لأنه قد یتطرق الفسخ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب السلف- الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب السلف- الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب السلف- الحدیث ۳.

الی العقد، بسبب تعذر المسلم فیه فیصادف الفسخ الحبل، و هو یوجب انتقال أم الولد إذ هو کما تری.

و أما إسلاف الاعراض فی الأثمان فقد نص علیه غیر واحد لإطلاق الأدله خلافا لأبی حنیفه فلا یجوز، لأنها لا تثبت فی الذمه إلا ثمنا فلا تکون مثمنه، و فیه منع واضح، إذ لا ریب فی جواز بیع الذهب و الفضه بهما، اللهم الا ان یرید إذا کان احد المقابلین عرضا، و فیه منع واضح أیضا، و (۳)

- فی خبر غیاث (۱)«عن جعفر عن أبیه علیه السلام قال: لا بأس بالسلف فی الفلوس»

فالحق أنه یجوز کجواز إسلاف الأثمان فی الاعراض الذی لا خلاف فیه بیننا بل و لا بین المسلمین نعم لا یجوز إسلاف الأثمان فی الأثمان و لو اختلفا لا لان التقابض شرط، إذ یمکن فرض حصوله بقصر الأجل فی المسلم فیه و نحوه، بل لظهور النصوص (۲)المتقدمه سابقا فی عدم جواز الأجل فی النقدین إذا بیع أحدهما فی الأخر، و أنه لا بد من الحلول فی بیعهما و التقابض فی المجلس، کما أوضحناه سابقا، فتوقف ثانی الشهیدین فیه هنا فی غیر محله، هذا کله بناء علی اشتراط الأجل فی السلم، و الا جاز اسلافها فیها مع التقابض، و جاز اسلاف الربویات بعضها فی بعض کما هو واضح، و الله اعلم.

[المقصد الثانی فی شرائطه]

اشاره

المقصد (الثانی فی شرائطه) الزائده علی شرائط البیع و قد قیل هی سته

[الشرط الأول و الثانی ذکر الجنس و الوصف]

الأول و الثانی. ذکر الجنس أی الحقیقه النوعیه کما سمعته فی الربا و الوصف المائز بین أفراد ذلک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب السلف فی ذیل الحدیث- ۱۲.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الصرف.

النوع. و قد يستغنى به عن ذكر الجنس، لكن قد يناقش فى ذلك بأنه غير خاص فى السلم، ضروره كون المدرك فى ذلك رفع الجهاله التى لا- فرق فى اعتبار رفعها بين السلم و غيره، و من هنا قال المصنف و غيره الضابط فيه أن كلما يختلف لأجله الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله فى السلم فذكره لازم و المرجع فى ذلك الى العرف، ضروره أنه ربما يكون العامى أعرف من الفقيه فى ذلك، و لذا كان حظ الفقيه منها الاجمال، و ستسمع تعرض جمله من الأصحاب إلى جمله منها، و ان أو كلوا الأمر فيه أيضا الى ما عرفت، كما أن المرجع إليه أيضا فى معرفه الوصف الذى يحصل الجهاله بترك التعرض له و غيره، فان كثيرا من الأوصاف تختلف الثمن بها اختلافا لا يتسامح فيه، لكن لا جهاله فى عدم التعرض لها، و انما ينص عليها من له غرض خاص فيها، و الا فلا.

و كان إطلاق المصنف اتكالا- على قوله و لا- يطلب فى الوصف الغايه، بل يقتصر على ما يتناوله الاسم بناء على أن المراد منه عدم وجوب الاستقصاء فى الوصف، بل يجوز الاقتصار منه على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذى يزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخله فى العين، إذ مرجعه حينئذ إلى العرف، و على ذلك فان استقصى كذلك و وجد الموضوع صح السلم، و ان عز وجوده بطل، فعلى هذا النهى و الأمر الواقعان فى العباره قد يكونان على وجه المنع و اللزوم، كما إذا استلزم الاستقصاء عزه الوجود، و قد يكونان على وجه نفى اللزوم و الجواز كما إذا لم يستلزم ذلك.

و من هنا قيل أنها أحسن من عباره القواعد، حيث يجوز، فجمع بين الفردين المختلفين فى الصحه و عدمها، «فقال: و لا يجب فى الأوصاف الاستقصاء لعسر الوجود،»

إذ التعليل بعسر الوجود لعدم الجواز، لا لعدم الوجوب كما قد عرفت، و يمكن أن يراد مما فى المتن أنه لا يجب أن يطلب فى الوصف الغايه، بل يقتصر على ما يتناوله اسم الوصف، فيكتفى حينئذ فى وصف الحنطه مثلا- بالحمراء، و لا يطلب الغايه فى الاحمرار، و هو و ان كان ألصق بقوله بل يقتصر الى آخره، لكنه فيه أولا- انه لا- يجوز الاقتصار على اسم الوصف مع فرض اختلاف أفراده بما لا- يتسامح فيه، و يؤدى تركه إلى الجهاله، و ثانيا لا تكون العباره عامه، للمعروف من الأصحاب هنا النص عليه من المبالغه فى كثره الأوصاف، فلا ريب فى أن حمل العباره على الأول الذى هو أعم من ذلک اولى، و لا ينافيه الإضراب بناء على ما عرفت.

نعم لولاه لأمكن حمل النهى فى العباره على حقيقته، على معنى أنه لا يفعل ذلک بحيث يؤدى الى عزه الوجود، لبطلان السلم فيه حينئذ لما ستعرف من اشتراط كون وجوده غالبا، مع احتمال أن يقال فيه ان المراد من الأمر بالاقتصار، بيان ابتداء الرخصه فى جواز ذلک، حتى ينتهى إلى الوصف المؤدى الى عزه الوجود، و الأمر فى ذلک سهل بعد وضوح كون المراد على كل حال بيان جواز السلم فى غير عزيز الوجود، و المنع فيه، بل قيل انه لا خلاف فيه، بل ربما ادعى الإجماع عليه بل قيل انه الدليل له، مضافا الى التعليل بأن عقد السلف مبنى على الغرر، لانه بيع ما ليس بمرئى، فإذا كان عزيز الوجود كان مع الغرر مؤديا إلى التنازع و الفسخ فكان منافيا للمطلوب من السلف، و ان كان هو كما ترى.

و عن الإيضاح توجيهه بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التكليف بما لا يطاق و اقتضت حكمته البالغه عدم خرق العادات غالبا بمجرد ما يرد على العبد من متناقض الإرادات أبطل السلم فيما يؤدى الى أحدهما قطعا، و ما تجد أداؤه تجدد بطلانه، قال: فظهر من ذلک

أن ما يعز وجوده لا يصح السلم فيه، و بقى ما لا يعز، لكن وجوده أقلى فى الأغلب لاستقصاء الصفات و الأقرب فيه الصحه. لعدم استلزامه المحال، مع إمكانه فى نفسه، و جواز ثبوته فى الذمه و لوجود المقتضى و هو عقد البيع، و انتفاء المانع: و هو عزه الوجود، و فى التذكره «قد بينا ان الاستقصاء فى ذكر الأوصاف المخرج الى عزه الوجود و عسر التحصيل مبطل للسلم، لما فيه من تعذر التسليم الذى هو مانع من صحه البيع، (الى أن قال) و الضابط عزه الوجود و تعذره يبطل معه، و يصح بدونه» قلت و من ذلك يعلم ان المراد بعزيز الوجود ممتنعه، و بطلان السلم فيه حينئذ واضح- و صحيح عبد الرحمن (۱)و غيره دال عليه، مضافا الى معلوميه اشتراط القدره على التسليم، بل الظاهر بطلان غير السلم فيه من المعاوضات، كجعله ثمن مبيع و نحوه، بل لا يبعد إلحاق الندره التى تعد المعامله معها سفها به. نعم لا بأس بها إذا لم تكن كذلك و ان حصلت المشقه معها، كما نص عليه فى القواعد و الدروس و غيرهما، و تسمع تمام الكلام فى ذلك فى اشتراط غلبه الوجود، بناء على ان المنع فى عزيز الوجود يؤول إلى فقدان هذا الشرط، لا أنه شرط آخر فتأمل جيدا و الله أعلم.

(و يجوز اشتراط الجيد و الردى) بلا خلاف، للإطلاق السالم عن المعارض من عزه الوجود و غيرها، بل قد يقال بكونهما من الأوصاف التى يتوقف رفع الجهاله على ذكرهما، و من هنا حكى عن المبسوط و التذكره وجوب التعرض لهما، بل فى التحرير الإجماع واقع على ذكر الجوده، و فى الدروس قيل يجب ذكر الجوده و الرداءه بالإجماع، و ان قال فيه نظر و لعله كذلك و لو بالنسبه إلى البعض و على كل حال فلا ريب فى جواز ذكرهما. نعم لو شرط الأجود لم يصح لتعذره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۳.

بلا خلاف أجده، بل فی التذکره إجماعا، و فی الروضه أنه موضع وفاق، لعدم تناهی مراتبهما، و علی کل تقدیر فهو غیر معلوم، لکن فی التذکره بعد دعوی الوفاق المزبور قال: «فیه إشکال لإمکان ضبطه فی بعض الأمتعه کالطعام، فإنه قد یتناهی جودته» قلت: لا ریب فی جوازه مع هذا الفرض و أنه لا یؤدی الی عزه الوجود، بل ینبغی الجواز أیضا مع اراده ما یصدق علیه أنه من الأجود عرفا، لا المرتبه التی لیس فوقها أجود منها، و کأنه الی ذلک نظر الأردبیلی و صاحب الکفایه فیما حکی عنهما من احتمال الجواز، کما أن نظر الأصحاب لإراده حقیقه اللفظ لغه، فیتجه المنع حینئذ و کذا لو شرط الأردی فإنه ما من ردی الا و هناک أردی منه. و یأتی فیه ما سمعت.

بل قال المصنف و لو قیل فی هذا بالجواز لکان حسنا لإمکان التخلص یدفع الردی، لأنه ان کان هو الأردی، فهو عین الحق و الا زاده خیرا و یجب علیه القبول لانه وفاء و زیاده، کما یومی الیه النصوص فی باب القرض (۱)بل عدته من حسن القضاء، و انه من الفضل الذی قد نهینا عن نسیانه (۲)بل فی التحریر و الإرشاد الحکم بالصحه، و حکاه فی التذکره قولا لبعض أصحابنا، و ان کنت لم أجده لأحد قبله، بل هو قد استشکل فی القواعد، و حکم بالبطلان فی التذکره، کالشیخ و فخر المحققین و الشهیدین

و الکرکی و غیرهم، لعدم الضبط، و وجوب قبض الجید عنه لو دفع لا یصیره مضبوطا عند العقد، لانه لیس من أفراده، علی أنه إذا امتنع من الأداء لم یتمکن الحاکم من إجباره. لعدم ضبط الأردی، و عدم استحقاق غیره علیه، و التحقیق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹ و ۲۰- من أبواب القرض و باب ۱۲- من أبواب الصرف.

۲- ۲ سوره البقره الآیه- ۲۳۷.

ما سمعته فى الأجود، فتأمل جيدا.

ثـم انه لاـ بـد مع ذلـك أن تكـون العبـاره الـداله على الوصـف معلـومه بين المتعاقـدين ظـاهره فى العرف أو اللغه حـتى يمكن اسـتعلامها عنـد اختلافهما، فلو جهلاها أو أحـدهما بطل، و لا يكفى الإحاله على المراد لغه أو عرفا. ضـروره عـدم صـدق ارتفاع الجهاله بـذلك، بعـد ظهور ما دل على شـرطيته فيما بين المتعاقـدين، و المراد بظهورها فى العرف أو اللغه معروفيه اتصاف العين بالوصف المشترط فى أحدهما: كى يحصل به قطع النزاع لو حصل، و لعله لذا قال فى القواعد «الصفات ان لم تكن مشهوره عند النـاس لقله معرفتها كالأدويه و العقاقير، أو لغرابه لفظها، فلا بـد ان يعرفها المتعاقـدان و غيرهما، و هل تعتبر الاسـتفاضه أم يكفى معرفه عدلين؟

الأـقرب الثـانى»، كمـا عن الإيضاح أيضا، بل فى جامع المقاصـد ان الأقرب الأول، لإمكان موت أحـدهما أو غيبته، لكن قال: ان هذا اى ما ذكره المصـنف لا يناسب ما بنى عليه الباب من عدم الجواز فيما لا يعم وجوده، و يعز حصوله، و فى المسالك «المراد بظهورها فى اللغه كونها على وجه يمكن الرجوع إليها عنـد اختلافهما كما قيده، و انما يتم ذلك إذا كان مسـتفاضا، أو يشـهد به عدلان.

و على كـل حـال فلو ذكرا وصـفا لاـ يمكن معرفته و تحققه فى أحـدهما بطل السـلم فلا يجوز، و لعل من ذلك بعض الأوصاف التى يـذكرها الأطبـاء من درجات الحراره أو البروده و نحوهما، و كان المرجع فى ذلك اما الجهاله عرفا أو ما يساويها فى الأول إلى النزاع الـذى أراد الشـارع حسم مـادته بـالعقود المعروفه، لاـ اثـارته، بـان يشـرع منها ما يؤدى إليه مما نحن فيه و غيره، فتأمل جيدا، فإنه لا دليل واضح على اعتبار ظهور العباره فى العرف و اللغه بعد فرض المعلوميه بينهما، و احتمال الاختلاف

يرجع فيه الى قواعد التداعى، فما فى المتن مجرد اعتبار. نعم لو كان المراد ما يؤدى الى المعلوميه فى المبيع اتجه حينئذ، اما الزائد على ذلک فلا دليل عليه و الله العالم.

و كيف كان فقد بان لک من ذلک كله انه إذا كان الشى ء مما لا ينضبط بالوصف على وجه يرتفع جهالته و لا يؤدى الى عزه وجوده لم يصح السلم فيه قطعا.

نعم قد يشک فى بعض افراده كاللحم نيه و مشويه و الخبز و ان نفى الخلاف فى الرياض فيهما، بل حكى عن الغنيه الإجماع عليه، فإنه ربما استشكل فى الأول بأنه لا فرق بين الحيوان و لحمه، و بينه و بين الشحم، فإذا جاز فيهما جاز فى الأخر، و فى الثانى بأن النصوص (۱)قد جوزت قرضه، و انه لا بأس بالتسامح فيه، و لو كان مما لا ينضبط وصفه لم يجز قرضه مضمونا بمثله، و قد يجاب عن الأول بأن الشارع قد كشف عن عدم ضبطه بالوصف. ف

فى خبر جابر(۲)«سألت الباقر عليه السلام عن السلف فى اللحم فقال:

لا تقربنه، فإنه يعطيک مره السمين، و مره التاوى، و مره المهذوله، و اشتر معاينه يدا بيد. (بل قال أيضا) و سألته عن السلف فى روايا الماء فقال: لا تقربنها فإنه يعطيک مره ناقصه، و مره كامله»

اللهم الا ان يحمل ذلک منه عليه السلام على الإرشاد لعدم الوفاء كما استظهره فى الحدائق حاكيا عن بعض مشايخه. أنه حمله على الكراهه، لا ان مراده عدم جواز السلم فيه، لعدم الانضباط بالوصف، و عن الثانى بالفرق بين القرض و السلم:

فإنه قد يتسامح فى الأول بما لا يتسامح فى الثانى، المبنى على رفع الغرر و الجهاله، كما لا يخفى على من لاحظ أحكامهما معا، و ما ورد فيهما من النصوص.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب السلف و باب ۲۱ من أبواب الدين و القرض.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب السلف الحديث ۱.

و على كـل حـال فالأمر سـهل بعـد معرفه الضابط فى الجواز و العـدم، و ان ما شك فيه فالاطلاقات تقتضـى جوازه، لعـدم تحقق الجهاله

المـانعه من الصـحه إذا المنـاقشه فى الأـمثله ليست من دأب المحصـلين، خصوصـا بعـد اختلاـف حالهـا فى الأـمكنه و الأزمنه، و خصوصا بعـد ملاحظه جواز بيع الشـخص الموصوف بالأوصاف الرافعه للجهاله عنه، ضـروره إمكان فرض ذلك فى الكلى على وجه لا يؤدى الى عزه الوجود كما هو واضح و الله العالم.

و من ذلـك السـلم فى الجلود و ان قال المصـنف فيه تردد ينشأ من عـدم إمكان ضـبطها و معرفتها على وجه ترتفع جهالتها، و لا يؤدى الى عزه الوجود إلاـ بالمشاهـده التى يخرج معهـا عن السـلم، لشـده اختلاـف قيمتها معها، بحيث لا يقوم الوزن مقامها و لا غيره، و من هنا كان المشـهور نقلا و تحصـيلا المنع، و قيل و القائل الشـيخ و القاضـى فيما حكى عنهما: يجوز مع المشاهده التى تـدفع المحـذور السـابق، و هو و ان كان كـذلك الا انه رده المصـنف بأنه خروج عن السـلم الـذى قـد عرفت وجوب كونه كليا مضـمونا فى الذمه، و أجاب منه فى المسالك بأنه انما يخرج مع تعيين المبيع، و كلام الشيخ أعم منه، فيمكن حمله على مشاهده جمله كثيره يكون المسـلم فيه داخلا فى ضـمنها، و هذا القدر لا يخرج عن السـلم كما لو شـرط الثمره من بلد معين، أو الغله من قريه معينه لا تخيس عاده، الا انه قال بعد ذلك: و الأجود المنع للاختلاف، و عدم الانضباط.

و فيه ان الأجود الجواز بناء على ما ذكره، إذا جعل المسـلم فيه كليا معلوما مضمونا فى الذمه، ثم اشترط الأداء من المشاهد، و الا فـاشتراط الأـداء من المشاهـد لاـ يرفع الجهاله عن المبيع الكلى، إذ هو ليس من أوصافه، لا انه جعل المسـلم فيه واحـد منها، كما عساه يفهم من كلامه أولا، إذ هو ان صح كان على سبيل الإشاعه،

و هو خارج عن السلم، كخروج الكلى غير المضمون فى الذمه عنه، اما الأول فلا إشكال فى صحته، بل قيل: ان ظاهر الخبرين يقتضى الصحه مطلقا،

قال فى أحدهما(۱)«انى رجل قصاب أبيع المسوك قبل ان أذبح الغنم؟ فقال: ليس به بأس، و لكن انسبها الى غنم ارض كذا و كذا»

و فى الآخر(۲)«رجل يشترى الجلود من القصاب، فيعطيه كل يوم شيئا معلوما؟ قال: لا بأس به».

و ان كان فيه انهما- مع ضعفهما و عدم الجابر بل الشهره على خلافهما، بل الثانى منهما غير دال على المطلوب، بل لا صراحه فيهما بالسلم- يمكن تنزيلهما على الصوره الصحيحه، أو الشراء بصلح و نحوه أو غير ذلك، هذا، و قد يقال: بالصحه لو فرض إمكان المعلوميه بمشاهده أنموذج يرفع الجهاله، و لا يؤدى الى عزه الوجود، و لعل مراد الشيخ ذلك من المشاهده التى حكم بالجواز معها، و الله العالم.

و كيف كان فالمشهور كما عن الكفايه انه لا يجوز السلم فى النبل المعمول للمانع المزبور، ضروره كونها تجمع أخلاطا مقصوده، لان فيها خشبا، و عصبا، و ريشا، بل قيل: ان الأقرب عدم جوازه فى المنحوت منها لعدم القدره على معرفه تحتها، و تتفاضل فى الثمن، و تتباين فيه، مع كونها مخروطه خفيفه الأطراف، ثخينه الوسط، فلا يمكن ضبطها، قيل، و كذا القسى، و فيه انه يمكن فرض الضبط فى العيدان على وجه يرتفع المانع المزبور، بل قد يدعى ذلك فى المعمول منها أيضا، بل و القسى، و اما غير المنحوت منها فلا ريب فى جوازه، لإمكان الضبط الذى لا يقدح فيه ما لا يتفاوت به الثمن من الاختلاف،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب السلف الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب السلف الحديث- ۷.

و من هنا قال المصنف يجوز فى عيدانه قبل نحتها نعم لا بد من التقدير بالعدد أو الوزن و الله اعلم.

و كذا لا يجوز فى الجواهر و اللآلى لتعذر ضبطها بحيث ترتفع جهالتها و لا يؤدى الى عزه الوجود ل تفاوت الأثمان مع اختلاف أوصافها بالحجم و الوزن و غيرهما، لكن ظاهره كغيره ممن أطلق عدم الفرق فى ذلك بين الكبار و الصغار، و ما يراد منه للدواء و غيره، و هو لا يخلو من اشكال، إذ قد صرح بجوازه فى الصغار الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل فى الدروس ان الأقرب جوازه فى العقيق و شبهه، من الجواهر التى لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتا بينا، قيل: و ضابط الصغار من اللآلى كلما يباع بالوزن، فلا يلاحظ فيه الأوصاف الكثيره عرفا، و عن بعضهم تحديدها بما يطلب للتداوى دون التزين، أو ما يكون وزنه سدس دينار، و الأولى إناطه ذلك بالعرف.

و لا يجوز أيضا فى العقار و الأرضين للمانع المزبور، و الأمر فى ذلك كله سهل بعد ما عرفت الضابط فى الجواز و العدم، خصوصا بعد ما سمعت ان العامى ربما يكون اعرف من الفقيه فى ذلك، و ان أكثر الأصحاب فى الأمثله للجائز و الممنوع، كما أكثروا فى بيان الأوصاف للموصوفات، مع انه أطلق

فى النصوص (۱)«انه لا بأس بالسلم فى المتاع إذا وصفت الطول و العرض،» و لا بأس به فى الحيوان إذا وصفت الأسنان»

اتكالا على العرف، فكان الأولى بالأصحاب ذلك أيضا، و لعل المقصود التنبيه إجمالا، فلا بأس بالتأسى بهم و الاقتداء بأنوارهم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب السلف الحديث- ۱- ۳.

فنقـول قـد عرفت انه يجـوز السـلم فى كـل مـا يمكن ضـبطه بـالوصف المعلوم بين المتعاقـدين و غيرهم، من غير تـأديه الى عزه الوجود، فلا إشكال حينئذ فى جوازه فى الخضر و الفواكه، و كذا كل ما تنبته الأرض، و فى البيض و الجوز و اللوز و غيرهما مما هو كذلك، لإمكان ضبطها بالوصف المزبور الذى مرجعه عند التحقيق الى العرف، لكن فى الدروس «انه يذكر فى الفواكه البلد و النوع، و الطراوه أو ضدها و اللون ان اختلف، و فى الزبيب

البلد و النوع و الكبر أو الصـغر، و اللون ان اختلف نوعه أو غيره و فى التمر البلد و النوع، و الكبر و الصـغر، و الحداثه و العتاق، و اللون ان اختلف النوع، و فى الرطب ذلـك كله إلاـ العتاقه، و يجب الفارق، و لو شـرط المنصف و المـذنب لزم، و له الجاف من التمر و الزبيب الخـالى من الحثـاله، و لا يجب تناهى الجفاف، و فى الحنطه البلـد و الحـداثه و العتق و اللون، و الكبر و الصـغر، و الصـرابه و ضـدها، و لاـ يشترط ذكر حصـاد عـام أو عـامين، و ان ذكره جـاز، و فى الشـعير ذلـك كله» قلت: و كـذا غيرهما من الحبوب، لكن عن المبسوط ان جمله وصف الحنطه سـته، الاـ انه أبـدل الصـرابه بالجوده و الرداءه، و زاد المحموله و المولـده، و تبعه فى التذكره «يصف الحنطه بأمور سـته، البلد فيقول شاميه أو عراقيه، فإن أطلق حمل على ما يقتضـيه العرف ان اقتضى شيئا و الا بطل، و يقال محموله أو مولـده يعنى محموله من البلـد التى تنسب اليه، أو تكون مولـده فى غيره، و يـذكر الحداثه و العتق، و الجيـد و الردى، و اللون كـالحمراء و البيضاء و الصـفراء ان اختلفت، و بالحـداره و هى امتلاء الحب، و الـدقه و صـفائه، و يـذكر الصـرابه أو ضدها: و ينبغى أن يذكر القوى أو ضده، (الى ان قال) و كذا حكم كل صـنف من الحبوب من أرز أو دخن أو شعير أو سلت» و فى القواعد «انه يذكر فى البر و غيره من الحبوب البلد و الحداثه، و العتق

و الصرابه أو ضدها» و ظاهر الاکتفاء فی رفع الجهاله عرفا بالثلاثه، و اما الرطب فهو و ان کان لا یکون عتیقا الا ان له اشتراط لقطه یومه، أو أمسه، بل لعل حداثته و عتقه بذلک، بل قد یقال بلزوم التعرض لذلک کما عن بعض الشافعیه، لاختلاف الثمن و الرغبه باختلافهما اختلافا یؤدی عرفا إلی الجهاله بدونهما و الله اعلم.

و فی الحیوان کله غیر الأناسی منه و الأناسی لکن فی الدروس «انه یذکر فی الإبل السن و الذکوره أو ضدها، و اللون و الصنف، کالعرابی و البخاتی و النتاج إذا کان معروفا عام الوجود، و کالعبادی نسبته الی عباد بالفتح، و هم قبائل شتی من بطون العرب اجتمعوا علی النصرانیه بالحیره- و فی الخیل الذکوره و السن و النوع، کالعربی و الترکی و اللون و فی البقر و الحمر، السن و النوع و الذکوره و اللون و البلد، و فی الطیر النوع و اللون و کبر الجثه، لعدم العلم بسنه، و فی الرقیق الذکوره و النوع و اللون و السن و القد کالطویل و القصیر و الربعه. و لو قدره بالأشبار احتمل المنع.

لإفضائه الی عزه الوجود، و یحتمل وجوب ذکر الکحل و الدعج و الزجج و تکلثم الوجه فی الجاریه و کونها خمیصه ریافه الملمس، ثقیله الردف، أو أضداد ذلک، لتفاوت الثمن به، و عدم عزته، و الأقرب وجوب تعیین البکاره و الثیوبه فی الأمه، فلو أطلق بطل، و لا- یشترط ذکر الملاحه فلو ذکرها روعی العرف، و یحمل علی أقل درجته، و یحتمل البطلان لعدم انضباطها فان مرجعها الی الاستحسان و الشهوه المختلفین باختلاف الطباع، و لا یجب التعرض لآحاد الأعضاء لعدم تفاوت الثمن فیه بینا، و ربما أدی الی عزه الوجود» و فی القواعد «انه یذکر فی الحیوان النوع و اللون و الذکوره و الأنوثه و السن و فی الأناسی زیاده القد کرباعی أی أربعه أشبار أو خماسی، فیقول عبد زکی اسمه ابن سبع طویل أو قصیر أو ربع، الی أن قال: و لو اختلف النوع الواحد فی الرقیق وجب ذکر الصنف، و لو اتحد لونه کفی نوعه عنه، ثم قال: و یذکر فی الإبل الذکوره أو الأنوثه

و السن كبنت مخاض، و اللون كالحمره، و النوع كنعم بنى فلان أو نتاجهم كبختى أو عربى إن كثروا و عرف لهم نتاج، و إلا بطل كنسبه الثمره إلى بستان، و فى الخيل السن و اللون و النوع كعربى أو هجين، و لا يجب التعرض للشياه كالأغر و المحجل، و فى الطير و النوع و الكبر و الصغر من حيث الجثه، و لا نتاج للبغال و الحمير، بل يذكر عوضه النسبه إلى البلد،» و يقرب من ذلك كله ما فى التذكره لكن لا يخفى عليك ما فى دعوى توقف رفع الجهاله له عرفا على ذكر بعض ذلك، أو مقتض غيره، أو دليل بالخصوص، و لعل عرفهم غير عرفنا الان فى ذلك، بل و فى عزه الوجود و عدمه، فإنه يمكن دعوى عدمها فى جمله مما ذكروا أنه مقتض لها، و الأمر سهل بعد ما عرفت من كون المدار على رفع الجهاله عرفا و عدم عزه الوجود، و مع الشك فالعمومات تقتضى الجواز و الله اعلم.

و كذا الكلام فى السلف فى الألبان و السمون و الشحوم و الأطياب و الملابس و الأشربه و الأدويه بسيطها و مركبها ما لم يشتبه مقدار عقاقيرها و ان ذكر فى القواعد و الدروس وجوب التعرض فى الأول إلى النوع كالمعز و المرعى، بل فى الأول منهما و ان قصد به الجبن أو الكشك، احتمل ذكر الزمان بالصفاء و الغم، فان لهما أثرا بينا فى ذينك عند أهله، و قالا معا و يلزمه مع الإطلاق، حلبه يومه، كما أنهما قالا أيضا يعتبر فى الثانى ذكر النوع، كالبقر، و اللون كالأصفر و المرعى و الحداثه أو ضدها، و ينبغى أن يذكر فى الثالث النوع و اللون و الصفاء و نحو ذلك مما يتوقف رفع الجهاله عليه، و كذا الرابع و أما الملابس ففى الدروس أنه يذكر فى الثياب النوع و البلد و العرض و الصفاقه و الغلظ و النعومه أو أضدادها، و لا يجوز ذكر الوزن لعسره، و له الخام عند الإطلاق، و ان ذكر المقصور جاز، فان اختلف البلد ان ذكر بلد القصاره، كالبعلبكى

و القطبی، و یجوز اشتراط المصبوغ فیذکر لونه و إشباعه أو عدمه، و لا فرق بین المصبوغ بعد نسجه أو قبله علی الأقوی، و منعه الشیخ إذا صبغ بعد غزله، لان الصبغ مجهول و لانه یمنع من معرفه الخشونه و النعومه، و فی وجوب ذکر عدد الخیوط نظر أقربه ذلک، لاشتهاره بین اهله و تأثیره فی الثمن» و یقرب منه ما فی القواعد و ان قال «انه یذکر فی الثیاب ثمانیه النوع کالکتان و البلد و اللون و الطول و العرض و الصفاقه و الرقه و النعومه أو أضدادها» ثم ذکر بعد ذلک أوصاف الغزل و القطن و الصوف کما أنه فی الدروس کذلک أیضا و ذکر الحریر و الکرسف و الکتمان و غیر ذلک، الا أنه أجاد بعد ما أطنب و تعرض لثلاثه عشر مما تعم به البلوی قال: و مدار الباب علی الأمور العرفیه و ربما کان العوام أعرف بها من الفقهاء و حظ الفقیه البیان الإجمالی و هو جید جدا و منه یعرف الحال فیما ذکره المصنف و غیره، لکن ظاهر المصنف عدم جواز السلم فی الأدویه المرکبه مع اشتباه مقدار عقاقیرها أی أجزائها التی تترکب منها، بل فی المسالک أنه یعلم من ذلک اشتراط العلم بمقدارها نفسها بطریق أولی، لترتفع الجهاله، لکن قال: و فی اعتبار ذلک فی المشاهد نظر، من توقف العلم علیه، و من مشاهده الجمله و هو أجود، قلت: لا ینبغی التأمل فی عدم وجوب المعرفه مقدار الاجزاء إذا لم یکن له ضابط معین مقصود، کما انه لا ینبغی التأمل فی وجوب المعرفه معه، و اما الجمله فإن کانت من المعتبرات وجب، و لا ضبط فیه، لیتمکن من الوفاء، و تسمع قوه عدم اعتبار الضبط بالوزن و الکیل المتعارف و الله اعلم هذا.

و لا ریب فی انه یجوز السلف فی جنسین مختلفین صفقه واحده مع جمع کل منهما الشرائط السلم، اتحدا فی الأجل أو اختلفا، و کذا الثمن لإطلاق الأدله

بلا معارض، و كـذا يجوز السـلم فى شاه لبون بلا خلاف أجـده لوجود المقتضـى و ارتفاع المانع، خلافا للشافعى فى أحد قوليه، فمنعه لمجهوليه اللبن و فيه مع أنه من التوابع ان ذلک وصف للنوع لا سـلم فى اللبن و لذا لا يلزم عليه تسليم ما فيه لبن من الشياه بـل يكفيه شـاه من شأنها ذلک بل لو كان فيها لبن فعلا كان له حلبها و تسـليمها بلا لبن. نعم المفهوم عرفا من ذلک كونها ذات لبن بـالقوه القريبه من الفعـل. و من هنـا جزم فى المسالـک بعـدم الاـجتزاء بتسـليم الحامـل و ان قرب أو ان ولادتها أما لو كانت حاملا و قد در اللبن أمكن وجوب القبول للصدق، و الأمر سهل بعد ان كان المدار على العرف كما هو واضح.

و كذا يجوز عندنا كما فى التذكره فى شاه معها ولدها وفاقا للمشهور كما فى المسالک، لإمكان الضبط بالوصف الرافع للجهاله، و لا يؤدى الى عزه الوجود، و كـذا الجاريه معها ولدها و قيل (۱۱) و القائل الشـيخ فى المحكى عن مبسوطه و الشهيد فى اللمعه لا يجوز (۱۲) فيهما معا لان ذلک مما لا يوجد الا نادرا (۱۳) و ربما ظهر من المتن نوع تردد فيه، لقوله و كذا الى آخره، و على كل حال ففيه منع واضـح. نعم فى التذكره «المنع فى الجاريه الحسـناء معها ولد صـفته كذا و كذا، أو أخت أو عمه بحيث يتعذر حصوله» و هو كذلک و فى الدروس «المنع من اشتراط الولد مع الام المقصود بها التسـرى، قال: «و لو قصد بها الخدمه كالزنجيه جاز لقله التفاوت» و فيه منع عزه وجود الأولى أيضا كما جزم به ثانى الشهيدين، و من الغريب انه جزم فى الدروس بجوازه أيضا فى الجاريه الحامل، سواء كانت حسناء أو شوهاء و فى اللمعه بالعدم موافقا للمحكى عن المبسوط.

و من هنا قال فى المتن و كذا التردد (۱۴) فى السلم فى جاريه حامل لجهاله

الحمـل و فيه انه تـابع و لاـ عزه وجود فى الجـاريه الحامـل الموصوفه بما يرتفع معها جهالتها، فالأجود الجواز فى الجميع بعـد ان كان المدار فى المنع على عزه الوجود المعلوم منعها فى المقام كما هو واضح، كوضوح جواز الإسلاف فى جوز القز لذلک بعد الوصف بالطراوه و اليبس و اللون و البلد، لكن قال المصـنف فيه تردد بل عن الشـيخ الجزم بالعدم لأن فى جوفه دودا يفسده إذا خرج منه حيا و يمتنع بيعه إذا مات، و فيه ان السلم فى غير الدود الذى هو كنوى التمر فى بلد لا قيمه له فيه و الله اعلم.

[الشرط الثالث قبض رأس المال قبل التفرق]

الشرط الثالث من الشرائط قبض رأس المال قبل التفرق شرط فى صحه العقد.

إجماعـا فى الغنيه و المسالک و حينئـذ ف لو افترقا قبله بطل عنـد علمائنا اجمع فى التـذكره و هو الحجه فيه بعـد شـهاده التتبع و انحصـار الخلاـف فى المحكى من قول ابى على: لاـ اختـار تـأخير قبضه أكثر من ثلاثه أيام الـذى قال فى الـدروس و غيرها: «انه متروک» نعم عن صـاحب البشـرى التوقف فيه كصـاحب الحـدائق معللا له فى الأخير بعـدم النص، لكنک خبير بان فى الإجماع المحكى المعتضد بما عرفت بلاغا، مع احتمال القول بأن أصاله عدم النقل و الملک قبله محققه و لو للشک فى تسبيب العقد هنا للملک، للاتفاق المزبور، و لأن الأمر بالوفاء بالعقد أعم منه، بل قد يقال:

باعتبار تسـليم الثمن فى حقيقه السـلم، و انه بـدونه منتف حقيقه السـلم، الا ان الانصاف كون العمده الإجماع المزبور انما الكلام فى المراد من معقده و الظاهر من الأولين توقف الملک عليه كشفا أو نقلا، بل الظاهر الثانى منهما.

و على كل حال فقبله لا ملک و حينئذ فلو كان الثمن فيه كليا لا شيئا معينا لم تشتغل الذمه به، فلا تصح الحواله حقيقه به و عليه، و لا ضمانه و لا الصلح به و عليه، و لا يحصل به التقاص قهرا، و لا غير ذلک مما يعتبر فيه شغل الذمه المتوقف على ملک

الكلى للمستحق، و الفرض عدم حصوله قبل القبض، لكن فى القواعد و التذكره انه لو احاله بالثمن فقبضه البائع من المحال عليه فى المجلس فالأقوى الصحه، و نحوه ما فى الدروس من انه لو أحال بالثمن فقبضه البائع قبل التفرق صح و الا فلا على الأقرب فيهما، و زاد لو أحال البائع على المشترى اشترط قبض المحتال فى المجلس على الأصح، قال: و وجه الجواز ان الإحاله كالقبض ثم قال: و لو صالح البائع عن الثمن على مال فالأقرب الصحه و اشتراط قبض مال الصلح، بل فى التذكره احتمال الصحه فى الأول، و ان لم يقبض البائع فى المجلس و، لعله المتجه بناء على كونها حواله حقيقه، إذ هى كالقبض، و دعوى انها هنا ليست كذلك كما ترى.

و فى الدروس و المسالك انه يقع التقاص قهرا لو كان للمسلم فى ذمه المسلم اليه مماثل الثمن الكلى جنسا و وصفا قال فى الأخير: و الا توقف على التراضى، و فى التذكره لو كان الثمن عبدا فأعتقه البائع قبل القبض صح، و فيها أيضا لو كان رأس المال دراهم فى الذمه فصالح عنها على مال فالأقرب عندى الصحه، الى غير ذلك مما ينافى ما ذكرنا، و تجشم دفعه- بأن عقد السلم و ان كان تأثيره الملك موقوفا على القبض، الا انه يوجب الإقباض على المشترى و القبض على البائع للأمر بالوفاء بالعقد و حيث يكون الثمن عينا يتصور انفكاك وجوب الدفع عن كونها ملكا للمدفوع، إذ لا مانع من وجوب دفعها اليه، و ان لم تكن ملكا له، و اما إذا كان كليا فليس وجوب دفعه إلا شغل الذمه به فيترتب عليه ما سمعت.

- يدفعه- مع انه لا يتم فى العتق و الصلح- انه يمكن تصور انفكاكه فى الكلى أيضا، ضروره تصور وجوب الدفع تعبدا من غير شغل للذمه، بحيث لو مات لم يخرج من تركته، بل لعله كذلك بناء على ما عرفت فلا تلازم بين وجوب الدفع و بين عدم حصول الملك للكلى على المسلم الذى هو معنى شغل الذمه به، كما ان تجشم

دفعه- بان المراد كونه شرطا كاشفا فيصح الصلح و العتق و الحواله مع تعقب القبض- يبطله أو لا انه خلاف المنساق من إطلاق الشرطيه، و ثانيا عدم تقييد ما سمعته فى التذكره من صحه الصلح و العتق بالقبض و ثالثا انه لا يتم معه ما سمعته من الشهيدين من المقاصه قهرا. نعم قد يقال: ان المراد من الصحه التى هو شرطها اللزوم فالملك حينئذ يحصل بالعقد و يستقر بالقبض، فمتى افترقا قبله بطل من حينه، و لعله يومى اليه ما فى التذكره فإنه بعد ان ذكر نحو عباره الأصحاب من انه يشترط فى السلم قبض الثمن فى المجلس، و خص معقد إجماعه بالبطلان مع التفرق قبله.

قال: مسأله و لا يشترط استمرار قبض الثمن فلو سلمه المشترى الى البائع ثم رده البائع اليه و دفعه اليه قبل التفرق جاز، و لو رده عليه بدين كان له عليه قبل التفرق صح، لانه ملكه بالعقد و استقر ملكه بالقبض، و هو كالصريح فيما قلناه خصوصا مع ما سمعته سابقا من الفروع التى لا- تتجه الا عليه، فلا بد حينئذ من التزام ذلك أو رفع اليد عن جميع الفروع السابقه، و الاحتياط لا ينبغى تركه، هذا. و قد تقدم فى باب الصرف و خيار المجلس ما يغنى عن اعاده كثير من المباحث السابقه المتصوره فى المقام، كما انه قد تقدم فى باب القبض ما يعلم منه المقدار الذى يجتزى به هنا، و الظاهر صدق تسليم المنفعه لو وقعت ثمنا مثلا بتسليم العين فى نحو العبد و الدار، اما عمل الحر فلا يكفى تسليم عينه فيه و الله اعلم، و كيف كان ف لو قبض بعض الثمن قبل التفرق دون بعض صح فى المقبوض لوجود المقتضى من العقد و القبض و بطل فى الباقى لحصول الافتراق قبله الذى قد عرفت الإجماع على حصول البطلان به نعم صرح غير واحد بأن للبائع الخيار فى الفسخ إذا لم يكن بتقصيره للتبعيض الذى قد عرفت سابقا التسلط به على الخيار، الا ان الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين البائع و المشترى، و لعل اقتصارهم على الأول هنا لان الغالب كون التقصير فى عدم القبض من المشترى فيسقط

خياره، أما لو فرض عدمه مع حصول التبعيض فلا ريب فى تسلطه على الخيار لذلك كما هو واضح.

و على كل حال فما نحن فيه ليس كعوض المتلفات و نحوها من الديون فى عدم جواز امتناع الديان من قبض البعض، ضروره عدم الصفقه فيه، مضافا الى تطرق الانفساخ، بل لعل التعيب بالتبعض كاف، و من هنا قال فى جامع المقاصد: «يجب تقييد ذلك بما إذا لم يكن الدين مبيعا، أما إذا كان مبيعا جاز للمشترى الامتناع من قبض البعض الى تسليم الجميع، للتعيب بالتبعيض، و ليس لقائل أن يقول: ان المقتضى لعدم وجوب قبض البعض هنا ليس هو التعيب بالتشقيص فقط، بل هو مع تطرق انفساخ العقد فى الباقى للتفرق قبل قبضه، لأنا نقول: ان التبعيض وحده كاف فى ثبوت العيب و ان قارنه الأمر الأخر، فيجب ان يثبت الحكم فى الموضع الذى ذكرناه، و قد اقتصر فى التذكره على التعليل به، و ان كان قد يناقش فيه فى المقام فضلا عن غيره بأن تسلم البعض لا ينافى التسلط على الخيار مع التعيب بعده بالتبعيض، فحينئذ يجب عليه تسليم المدفوع و هو على خياره لو تبعض بعد ذلك، فتأمل جيدا.

و لو أسلم مأه فى حنطه و مثلها فى شعير فى عقد واحد، ثم دفعهما قبل التفرق و وجد بعضها زيوفا من غير الجنس وزع بالنسبه، و بطل من كل جنس بنسبه حصه من الزيوف كما فى القواعد و غيرها، لعدم الأولويه، و لو كان الثمن كليا فدفع المعيب من غير الجنس أبدل له إذا لم يتفرق المجلس و الا بطل العقد، و قد تقدم فى الصرف تمام البحث فى نحو ذلك، بل تقدم هناك ما يعلم منه حكم ما لو كان العيب من الجنس فى المعين و غيره قبل التفرق و بعده، و جواز أخذ الأرش بعده و عدمه فلاحظ و تأمل.

و لو شرط المسلم اليه أن يكون الثمن من دين عليه بمعنى أنه يسلمه ما له فى ذمته فى كذا حنطه مثلا قيل و القائل الأكثر فى المسالك و الأشهر

فی الریاض، و المشهور فی الحدائق یبطل لانه بیع دین بمثله فیشمله

خبر طلحه بن زید(۱)عن الصادق علیه السلام «قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم: لا یباع الدین بالدین»

مضافا الی

الصحیح (۲)علی ما فی بعض الکتب «عن الرجل یکون له علی الرجل طعام أو بقر أو غنم أو غیر ذلک فاتی الطالب المطلوب یبتاع منه شیئا؟ فقال:

لا یبعه نسیئا، و أما نقدا فلیبعه بما شاء»

بناء علی أن المراد شراء الطالب منه شیئا بما له فی ذمته، فلیس النسی ء حینئذ هنا الا السلم، و لکن الموجود فی نسخ التهذیب المعتبره «فأتی المطلوب الطالب» و استدل به فی الریاض علی المطلوب علی هذا التقدیر، و لعله حمله علی أن المراد إتیان المطلوب الطالب لیشتری الطالب منه بما له فی ذمته، فیتحد حینئذ مع الأول، و لکنه خلاف الظاهر. أو أن المراد الاستدلال بفحواه، بناء علی ظهوره فی عکس المسأله و هو مبنی علی ثبوت الحکم فی الأصل و هو ممنوع.

و علی کل حال فقد یناقش فی ذلک کله بمنع تناول النهی عن بیع الدین بمثله لما صار

دینا فی العقد، بل المراد منه ما کان دینا قبله، و المسلم فیه من الأول، لا الثانی الذی هو کبیع ما له فی ذمه زید بمال آخر فی ذمه عمرو و نحوه مما کان دینا قبل العقد، و إطلاق البیع بالدین عرفا علی النسیئه محمول علی ضرب من التجوز و بمعارضه الصحیح علی تقدیر دلالته ب

خبر إسماعیل بن عمر(۳)«قال انه کان له علی رجل دراهم فعرض علیه الرجل أن یبیعه بها طعاما إلی أجل مسمی، فأمر إسماعیل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب السلف الحدیث- ۲.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام العقود الحدیث- ۸ و فیه أتی المطلوب الطالب کما نقله المصنف عن نسخ التهذیب المعتبره.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب السلف الحدیث- ۱.

من يسأله عن ذلـك فقـال: لا بأس بـذلك، قال: ثم عاد إليه إسـماعيل فسأله عن ذلك و قال انى كنت أمرت فلانا فسألك عنها فقلت: لا بأس، فقال: ما يقول فيها من عندكم، قلت: يقولون فاسد، قال: لا يفعله فإنى أوهمت»

الـذى لا يقـدح ما فى ذيله بعـد معلوميه كون ذلك منه تقيه، بل منه ينقـدح الوجه فى حمل الصـحيح المزبور على ذلك، مضافا الى

المروى عن قرب الاسناد(۱)عن على بن جعفر عن أخيه موسـى عليه السلام «قال: سألته عن السلم فى الدين قال: إذا قال اشتريت منك كذا و كذا بكذا و كذا فلا بأس»

بناء على أن المراد بكذا و كذا مما له ى ذمته، لا أن المراد كلى ثم يحاسبه بعد ذلك على ما فى ذمته.

و من هنا قيل انه يصح و لكن يكره خروجا عن شـبهه الخلاف و النهى فى الصحيح المزبور و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده عند المصـنف و تلميذه الابى و الفاضل فى التحرير و المقداد و القطيفى على ما حكى عن بعضهم، و لا يحتاج الى قبض، لان ما فى الـذمه مقبوض لمن عليه، و لكن مع ذلك لا ريب أن الأول أحوط خصوصا بعـد ما قيل من صـدق بيع الدين على المؤجل و لو بالعقـد، و لذا منع بيع الكالى بالكالى، إذ ليس فى نصوصـنا هذا اللفظ، انما الموجود فيها ما عرفت من بيع الدين بالدين، و قد ادعى غير واحد منهم ثانى الشهيدين فى المقام الوضوح فى صدق بيع الدين على المسلم فيه و ان كان قد صار دينا بالعقد. و اما الثمن فالفرض أنه كان دينا سابقا، و حلوله لا ينافى صدق اسم الدين عليه.

نعم قد يمنع صدقه على الثمن الكلى الحال المقطوع بجواز اسلافه، و أنه ليس من بيع الدين بالدين، و من هنا قالوا فى المقام أنه إذا أراد التخلص من شبهه بيع الدين أسلمه كليا فى ذمته، ثم حاسبه به بما له فى ذمته بعد العقد، فيكون

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب السلف- الحديث- ۳.

حينئـذ استيفاء لا ثمن سـلم، بل فى الـدروس و المسالك و غيرهما أنه يحتاج إلى المحاسـبه إذا اختلفا فى الجنس أو الوصف، و الا ـ وقع التقاص قهرا، و ان كان قـد يشـكل بأنه يلزم منه كون مورد العقـد دينا بـدين، و بأنه معاوضه على ثمن السـلم قبل قبضه، فتكون فاسده، و يدفع بأن الثمن أمر كلى، و تعينه فى شخصـى لا يقتضـى كونه الثمن الذى جرى عليه العقد، و مثل هذا التقاص و التحاسب استيفاء لا معاوضه.

نعم يشـكل أصل اشـتغال الـذمه بالكلى بمجرد عقد السـلم الذى قد عرفت كون القبض شـرطا فى صـحته، و قد تقدم البحث فيه سابقا، فتأمل جيـدا، فان ذلك كله محل للنظر، لاحتمال اعتبار سـبق الدينيه فى صدق بيع الدين بالدين، و صدقه على السـلم انما هو بعـد تمـامه لا ـ قبله، و المنع من بيع الكـالى بالكالى و ان لم يكن موجودا فى طرقنا، و انما هو من طرق العامه(۱)- و لكن قد عمل به الأصـحاب، و قد ذكروا فى تفسـيره ما يشمل ما كان منه بالعقد فيختص به حينئذ، أما غيره مما لم يكن سابق الدينيه و لا هو من بيع الكالى بالكالى فباق على مقتضـى العمومات، و منه المسأله و عكسها، و لكن الانصاف عدم خلو المسأله عن البحث، و لعلك تسمع فيما يأتى فى مسأله بيع الدين التحقيق إنشاء الله تعالى، و الله أعلم.

و لو شـرط تأجيل الثمن بطل، بلا خلاف أجده لا لان التقابض شـرط، إذ يمكن فرضه فيما لا ينافيه لقصر الأجل و نحوه، بل لانه من بيع الـدين بالـدين كما سـتعرف تحقيقه فى محله، بل و الكالى بالكالى، و هو مؤيد لما قلناه سابقا من صدقه على ذلك و ان كان دينا فى العقد، و الحاصل ان الحالين أو أحدهما

بالعقد لا سابقا لا يصدق عليه بيع الدين بالدين، بخلاف المؤجلين، فإنه يصدق عليه و لو بالعقد كالحالين قبل العقد.

أو أحدهما حال قبله، و الأخر مؤجل كذلك، فتأمل جيدا.

۱- ۱ الجامع الصغير ج ۲ ص ۱۹۲ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

و لو شرط التأجيل فى بعض الثمن بطل فيه قطعا، و فى القواعد و التذكره و الدروس و غيرها بطل فى الجميع، لجهاله ما يوازى المقبوض، و لعله لأن الأجل ليس له قيمه معلومه، و ليس هذا كبطلان البعض فى مثمن النسيئه فى بعض الثمن، ضروره اقتضائه التوزيع فى الحال و المؤجل، فلا جهاله. نعم قد يقال ان أهل العرف كما أنهم علموا التفاوت فيما بين الحال و المؤجل كذلك يعلمون مقداره، فإذا بان عندهم أن الحال يقابل الثلثين، و المؤجل ثلثا بطل فى الثلث و صح فى الثلثين و هكذا، و من هنا احتمل فى الدروس الصحه فى المقام و التقسيط فيما بعد، كبيع سلعتين فيستحق إحداهما فتأمل جيدا، فإنه يمكن ان يكون البطلان فى الجميع باعتبار ان الشرط فى السلم استحقاق القبض فى جميع الثمن فى المجلس من حين العقد مع فعليه القبض، و الأول لا تبعيض فيه بخلاف الثانى، فيبطل حينئذ، و لو فى البعض لفوات الشرط الأول و الله العالم.

[الشرط الرابع تقدير المسلم فيه بالكيل أو الوزن العامين]

الشرط الرابع من الشرائط تقدير المسلم فيه بالكيل أو الوزن العامين فى المقابله بلا خلاف أجده إذا كان من المكيل و الموزون، بل و لا إشكال ضروره توقف المعلوميه فيهما عليهما فى المشاهد، فضلا عن الغائب و حينئذ ف لو عولا على صخره مجهوله عند العامه أو مكيال مجهول كذلك لم يصح و لو كان كل منهما معينا عندهما لعدم ارتفاع الجهاله شرعا بل و عرفا بذلك، و لانه قد تهلك الصخره و المكيال فيتعذر معرفه المسلم فيه، و لو عينا مكيالا معينا أو صبخه كذلك من العامين ففى القواعد و التذكره لغى الشرط لعدم الفائده و صح العقد و فيه انه يمكن فرضه مفيدا.

نعم قد يقال ان المانع ما تسمعه من عدم الطمأنينه ببقائهما إلى وقت الأداء فيحصل النزاع و الغرر، لكن ستعرف المناقشه فيه، ثم ان المستفاد من النص و الفتوى اراده الكيل

فی المکیلات، و الوزن فی الموزونات خصوصا ما عبر فیها بأو، لا أن المراد الجمع بینهما بل ربما ادی الجمع بینهما کان تقول مثلا- مأه صاع وزنها کذا أو بالعکس فی بعض الموضوعات الی عزه الوجود، فیبطل کما هو واضح، و فی قیام کل منهما مقام الأخر و عدمه أو الوزن خاصه البحث السابق، هذا کله فی المکیل و الموزون عاده.

أما إذا لم یکن من المکیل أو الموزون فی المشاهده بل کان یباع جزافا فقد صرح غیر واحد بوجوب تقدیره فی السلم بهما، لعدم المشاهده الرافعه للغرر فیه و هو جید، لکن قد یناقش فی اعتبار الکیل و الوزن العامین فیه، ضروره کون المدار فیه علی ما یقوم مقام المشاهده فی رفع الغرر فیه، و هو حاصل بهما و بغیرهما مما یتفقان علیه مما لا یتعارف المعامله بهما، و اعتبار الکیل و الوزن فی المسلم فیه فی النصوص مبنی علی الغالب مما یعتبر فیه ذلک، أو ما لا ینضبط الا بهما، إذ احتمال اعتبار ذلک فی السلم تعبدا و ان ارتفع الغرر بغیرهما بعید، و ان اقتضاه ظاهر إطلاق بعض الفتاوی، و دعوی- ان التقدیر بغیر العامین لا یؤمن معه تلفهما فیتعذر معرفه المسلم فیه و یحصل النزاع، بل بذلک یتحقق الغرر و الخطر- یدفعها منع صلاحیه مثل ذلک مانعا من الصحه، مع أنه یمکن فرضه فیما یقطع فیه بعدم التلف. لقصر الأجل و نحوه، أو لضبطه فی صنف یؤمن معه ذلک، کما هو واضح، و الله اعلم.

و کذا الکلام فی الذراع ف یجوز الإسلاف فی الثوب أذرعا متعارفه أو لیست متعارفه، إذا کان المسلم فیه تکفی فیه المشاهده لو کان موجودا، و انما المراد بالذرع ضبطه بحیث یقوم مقام المشاهده، و حینئذ فلا یختص المعتاد بل یجوز الإسلاف بالأشبار و نحوها مما یضبط بها و یقوم مقام المشاهده، و کذا الکلام فی کل مذروع بل قد سمعت من الشیخ فی الجلود ما یمکن السلم معه من دون ذلک کله إذا کان المسلم فیه من جمله مشاهده، و ان کان لم یحک عنه اعتباره فی المقام

فلاحظ و تأمل.

و هل يجوز الإسلاف فى المعدود عددا الوجه عند المصنف و الشيخ فى المبسوط و ابنى زهره و إدريس و الفاضل فى التذكره أنه لا يجوز، لعدم ارتفاع الغرر به لكثره اختلاف المعدود فى الكبر و الصغر و غيرهما، و الاكتفاء به فى المشاهده لارتفاع الغرر بها، لا به، و عليه بنى المنع فى محكى الخلاف فى الجوز و البيض الا وزنا، خلافا لأبى حنيفه، قال: و أما البطيخ فلا يجوز إجماعا، و عن المبسوط بعد نفى الجواز فى المعدود عددا قال: كلما أنبتته الأرض لا يجوز السلم فيه الا وزنا، ثم نص على المنع فى اللوز و الفستق و البندق.

قلت: التحقيق الجواز فيما لا يكثر فيه التفاوت بل كان التفاوت فيه يتسامح فيه بالعاده، وفاقا للفاضل فى جمله من كتبه و الشهيدين و غيرهما، لعدم الغرر فتشمله الإطلاقات، بل الوجه الجواز أيضا فيما يكثر فيه التفاوت إذا أمكن ضبط صنف منه بالوصف الذى لا يؤدى الى عزه الوجود لذلك أيضا، و من هنا قال: فى المسالك هنا «الضابط للصحه الانضباط الرافع لاختلاف المثمن، و لعل فيه إيماء الى ما ذكرناه سابقا، و دعوى- أن المعدود جميعه متفاوت تفاوتا لا يتسامح فيه، و لا يمكن ضبط صنف منه بالوصف الرافع للجهاله، و لا يؤدى الى عزه الوجود. فليس الا الكيل و الوزن العامان الذى لا عبره بالعدد معهما- واضحه المنع من وجوه.

و على كل حال ف لا يجوز الإسلاف فى القصب أطنانا و لا فى الحطب حزما، و لا فى المجزور جزا و لا فى الماء قربا للاختلاف الذى لا يرفعه العد كما أومى إليه الصحيح السارق فى الأخير، و منه يعلم وجه الصحه إذا فرض إمكان الضبط على وجه يرتفع به الاختلاف المزبور، و يقوم مقام المشاهده فى ذلك، من غير فرق بين الكيل و الوزن العامين و غيرهما. نعم قد يتوقف كما سمعت فى خصوص ما لو كان الضابط شيئا معينا لا يؤمن بقاؤه إلى حين الوفاء، فيؤدى إلى التنازع،

و الى الغرر الـذى هو بمعنى الخطر، أمـا إذا كـان الضابـط ممـا يؤمن عليه ذلـك لكثره صـنفه أو غير ذلك اتجه الجواز: لإطلاق الأدله، فتأمل جيدا. ثم انه من المعلوم جواز ضبط ذلك كله بالوزن بل و بالكيل فيما يمكن أن يكال منه على وجه لا يتجافى فى المكيال كما هو واضح. و الله اعلم.

و كـذا لاـ بـد أن يكون رأس المـال مقـدارا بالكيـل العام أو الوزن كـذلك إذا كان مما يعتبر فيه ذلك، و لا يجوز الاقتصار فى ذلك على مشاهدته للغرر المنفى (۱)فى البيع الشامل للسـلم و غيره، و حينئـذ ف لا يكفى دفعه مجهولا كقبضه من دراهم و قبه من طعام و

نحو ذلك. خلافا للمرتضى فجوزه مكتفيا بالمشاهده «و لا دليل يعتد به له، بل ظاهر الأدله خلافه، خصوصا ما اعتبر المعلوميه فى الثمن من النصوص التى لا تحصل قطعا فى نحو ذلك لا بهما. نعم يتجه الاكتفاء بالمشاهـده فيما لا يعتبر فى بيعه غيرها، ضـروره عدم الفرق بين ثمن السلم و غيره فى ذلك، فإطلاق المصنف حينئذ غير جيد ان لم ينزل عليه، كما هو واضح.

[الشرط الخامس تعيين الأجل]

الشرط الخامس تعيين الأجل.

أى الأجـل المتعين، ضـروره عـدم اختصـاص السـلم بكون الأجـل متعينـا ف انه لو ذكر أجلا مجهولا فيه أو غيره من العقود التى يشترط فيها المعلوميه كأن يقول متى أردت أو أجلا يحتمل الزياده و النقصان كقدوم الحاج أو نحو ذلك مما يؤدى الى الجهاله كالـدياس و الحصاد كان باطلا بلا خلاف أحـده بيننا بل عن نهـج الحق و الغنيه الإجماع عليه، و هو الحجه بعـد ما دل على نفى الغرر و النبوى (۲)فى المقام كالنصوص المستفيضه(۳)التى لا يقدح فيها أحصيه مواردها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب آداب التجاره الحديث- ۳ الدعائم ج ۲ ص ۱۹.

۲- ۲ الجامع الصغير ج ۲ ص ۱۶۴ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب السلف.

لعدم القائل بالفرق فلا بد حينئذ ان يكون المراد اشتراط أصل الأجل أو يكون هو ممن لا يشترط فيه، و حينئذ فالسلم عنده أعم من المؤجل و الحال، كما عساه يومى اليه قوله.

و لو اشتراه سلما حالا فإنه قيل يبطل لعدم الشرط المستفاد من إجماع الغنيه و المحكى عن الشيخ و ظاهر التذكره، و المحكى عن مجمع البرهان و الكفايه، و النسبه إلى الإماميه فيما عن نهج الحق و

النبوى (۱)«من أسلف فليسلف فى كيل معلوم إلى أجل معلوم»

و

خبر سماعه(۲)«سألت عن السلم، و هو السلف فى الحرير و المتاع الذى يصنع فى البلد الذى أنت فيه قال: نعم إذا كان الى أجل معلوم»

و غيره بل قد اشتملت أكثر النصوص على ذكر الأجل و ان لم يكن فى سياق اشتراطه الا انه لا ينكر ظهورها فى ان المعروف من السلم المؤجل، بل لا ينكر انسياق التأخير فيه منه، خصوصا بعد ملاحظه أن مشروعيته للإرفاق بالمحتاجين، فيكون حقيقه فى المؤجل مجازا فى غيره، كما صرح به فى التذكره.

و قيل يصح سلما للأصل، بعد منع اعتبار الأجل فى مفهومه، كما يومى اليه جعله شرطا عند من اعتبره فيه، و الانسياق المزبور انما هو للغلبه لا لمجازيه و غيره، و الا لم يتم فى الذى أجله يوم أو نصف يوم و نحوهما مما هو سلم حقيقه قطعا، إذ التحقيق عندنا عدم اعتبار كون الأجل له وقع فى الثمن، للأصل و الإطلاق و غيرهما، خلافا لأحمد و الأوزاعى و أبى على فاعتبروه و اقله ثلاثه و لا دليل عليه كما انه لا دليل على تحديده فى الكثره، فمنع

من الثلاث سنين للنهى (۳)عن بيعه سنين: المحمول على الكراهه عندنا، و على كل حال

۱- ۱ الجامع الصغير ج ۲ ص ۱۶۴ طبع عبد الحميد احمد حنفى.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب السلف- الحديث- ۴.
۳- ۳ الجامع الصغير ج ۲ ص ۱۹۲ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

فالمؤجل قليلا ليس بمنساق قطعا، و منه يعلم ما في الاستناد إلى الإرفاق الذى هو الحكمه في مشروعيته، بل لعل المراد من النبوى و ما شابهه اراده بيان اعتبار المعلوميه في الأجل، لا اعتبار أصل الأجل، و كان إطلاقه مبنى على غلبه الأجل في السلف، بل قلما يقع سلم بدونه، بل ان أرادوا الحال أوقعوه بيعا لا سلما، كل ذلك مع استبعاد اعتبار الأجل الذى مع اشتماله على الغرر، يمكن التوافق على إسقاطه في صحته.

بل هو إذا جاز في المؤجل ففي الحال أولى، كما أومئ اليه

صحيح ابن الحجاج (۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشترى الطعام من الرجل ليس عنده فيشترى منه حالا؟ قال: ليس به بأس، قلت: انهم يفسدونه عندنا قال: فأى شى ء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون فيه بأسا يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان الى غير أجل و ليس هو عند صاحبه فلا يصلح. فقال: إذا لم يكن أجل كان أحق به، ثم قال: لا بأس أن يشترى الرجل الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل أو حالا لا يسمى له أجلا، الا ان يكون بيعا لا يوجد، مثل العنب و البطيخ في غير زمانه، فلا ينبغى شراء ذلك حالا»

و نحوه آخر(۲)بل ربما كان أظهر منه.

و لعله إليه أشار المصنف بقوله و هو المروى لكن بشرط أن يكون عام الوجود في وقت العقد و ان كان قد يناقش في إراده جواز ذلك سلما منه الذى يمنعه أبو حنيفه و مالك و الأوزاعى، و يتوهم إرادتهم من لفظ الناس في كلام الراوى بإمكان إراده مطلق الشراء حالا، بل هو الظاهر، و يكون المنع فيه لانه ليس عنده فيندرج فيما دل على المنع عنه (۳)۲۳۱۱۰ بل كان الخبر صريح في ذلك، بل ربما كان في

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام العقود- الحديث ۱- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام العقود- الحديث ۱- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام العقود الحديث ۲ و ۵.

كلام السائل إيماء إلى اعتبار الأجل فى السلم، اللهم الا ان يرجع

قوله عليه السلام «إذا لم يكن أجل الى آخره»

الى السلم، كما انه يمكن دعوى ظهور ذيله فى التسويه بين الحال و المؤجل فى كيفيه البيع، مضافا الى إطلاق جمله من المعتبره النافيه للبأس عن السلم مع الضبط بالمقدار من دون تعرض للأجل، و لا ينافيها ذكرها فى غيرها بعد ان كان المراد من بيانه الفرد المتعارف من السلف، خصوصا مثل النبوى الوارد(۱)بلفظ الاستسلاف الذى هو حقيقه فى المؤجل مثمنه، لا بيع السلم الذى هو عند الفقهاء الذى يقع من البائع مثلا بلفظ بعت و نحوه، فتأمل.

و على كل حال فظاهر المصنف الميل اليه كالفاضل فى القواعد حيث انه فى بحث اشتراط الأجل قال: «و الأقرب عدم اشتراط الأجل فيصح السلم فى الحال، لكن يصرح بالحلول» فى التحرير «و لا يشترط فى المسلم فيه كونه مؤجلا و يصح السلم فى الحال لكن ليصرح بالحلول، فإن أطلق فالوجه البطلان، سواء ذكر الأجل قبل التفرق أولا، و كذا الشهيد فى اللمعه قال: «و الأقرب جوازه حالا مع عموم الوجود عند العقد» و أصرح منه ما فى الدروس «الشرط الثالث ان يكون المسلم فيه دينا لانه موضوع لفظ السلم لغه و شرعا، فلو أسلم فى عين كانت بيعا، و لو باع موصوفا كان سلما نظرا الى المعنى فى الموضعين، و ليس المانع من السلف فى العين اشتراط الأجل الذى لا يحتمله العين، لأن الأصح انه لا يشترط الأجل.

نعم يشترط التصريح بالحلول و عموم الوجود عند العقد، و لو قصد الحلول و لم يتلفظ به صح أيضا، و لو قصد الأجل اشترط ذكره، فيبطل العقد بدونه، و لو أطلقا العقد حمل على الحلول» و من الغريب بعد ذلك كله ما فى جامع المقاصد حيث فسر عباره القواعد السابقه، بإراده وقوع البيع بلفظ السلم، قال: وجه القرب دلالته

۱- ۱ الجامع الصغير ج ۲ ص ۱۶۴ طبع عبد الحميد احمد حنفى.

على المراد من البيع، لانه يؤدى معنى إيجابه كما سبق، لان السلم بيع لانه من جمله أفراده، فلا يكون استعمال لفظه فى بيع آخر استعمالا أجنبيا الا انه يجب ان يصرح بالحلول، لان جزء مفهوم السلم التأجيل فلا بد من صارف يصرفه عن مقتضاه، و ذلک هو التصريح بالحلول.

و تبعه على ذلک ثانى الشهيدين فى تفسير عباره اللمعه، الا انه اعترف بعد ذلک بأن الظاهر منها و فى الدروس و كثير ان الخلاف مع قصد السلم و ان المختار جوازه مؤجلا و حالا مع التصريح بالحلول، و لو قصدا بل مع الإطلاق أيضا، و يحمل على الحلول و كان الذى أو همهما ذلک حتى انهما فسرا العباره بما يرجع الى النزاع فى الصيغه المذكوره سابقا ما فى المختلف، فإنه أجاب عما ذكره حجه للشيخ و ابنى أبى عقيل و إدريس على اشتراط الأجل فى السلم، من النبوى السابق و غيره، بانا نقول بموجبها، فانا نسلم وجوب ذكر الأجل مع قصد السلم، و ليس محل النزاع بل البحث فيما لو تبايعا حالا بحال بلفظ السلم، ضروره ظهوره فى ان ذلک ليس محلا للنزاع، بل انما هو فيما يرجع الى الصيغه.

لكنک خبير بما فيه بل المحكى عن الشيخ و ابنى أبى عقيل و إدريس صريح فى ان المراد اشتراط الأجل، و انه يبطل كونه سلما، كما ان العبارات السابقه صريحه فى خلافه، و ان نظر هم فى تلک العبارات اليه، فلا داعى إلى تأويل الجميع بما هو مقطوع بفساده عند التأمل، خصوصا بعد ما عرفت من قوه القول بعدم اشتراط الأجل فيه، و أنه يصح سلما فيعتبر فيه حينئذ القبض فى المجلس و غيره مما يعتبر فيه. و المراد بالتصريح بالحلول ما يشمل اتفاقهما عليه ضروره عدم مدخليه اللفظ فى ذلک.

بل قد عرفت ما فى الدروس و الروضه من الصحه مع الإطلاق المحمول على

قصد الحلول، و ان كان قد يناقش فيه بالفرق بين السلم و غيره فى ذلك باعتبار غلبه تعارف استعماله فى المؤجل، فيشكل تنزيل إطلاق عقده عليه مع فرض خلوهما عن قصد الحلول، اللهم الا ان يراد به وقوع الإطلاق المعلوم فيه عدم إراده التأجيل و لا الحلول فان التنزيل حينئذ على الحلول شرعى باعتبار تسبيب العقد الملك حال وقوعه فيستحق عليه حينئذ المطالبه و الأداء، لا عرفى فلا مدخليه لغلبه الاستعمال و عدمها فيه، فتأمل جيدا، و اما اعتبار عموم الوجود فيه فمرجعه الى.

[الشرط السادس ان يكون وجوده غالبا وقت الحلول]

الشرط السادس و هو ان يكون وجوده اى المسلم فيه غالبا بحسب العاده وقت الحلول، و لو كان معدوما وقت العقد لصدق القدره على التسليم بذلك، إذا العاديات بمنزله الموجودات، فلا تقدح المعدوميه وقت العقد، و ان كان مقتضى الاستصحاب بقاؤها، بل الظاهر أن ذلك ليس من ملك المعدوم فى شى ء، ضروره أن الحاصل بالعقد أنه يملك عليه ذلك، فهو أشبه شى ء بالخطاب التعليقى الذى لا قبح فيه، و منه يظهر الفرق بين ملك المعدوم، و المضمون فى الذمه، كما أنه لا فرق بين السلم و غيره فى جواز المعاوضه على المعدوم فى وقت العقد الموجود فى غيره، إذا كان مورده الذمه، فلا بأس بوقوع ذلك ثمنا لمبيع و نحوه، بل الظاهر أن مرجع هذا الشرط إلى القدره على التسليم الذى لا فرق فيها بين السلم و غيره، و لذا عبر عنه فى الدروس به، فقال: السادس القدره على التسليم عند الأجل فلا يضر العجز حال العقد و لا فيما بينهما، و نحوه عن الكفايه، و فى التذكره «البحث الرابع إمكان وجود المسلم فيه، مسأله يشترط كون المسلم فيه مسأله يشترط كون المسلم فيه موجودا وقت الأجل ليصح إمكان التسليم فيه، و هذا الشرط ليس من خواص السلم بل هو شرط فى كل مبيع» و ليس مراده من الإمكان الذى عبر به هنا و فى القواعد مجرد الاحتمال قطعا، بل المراد إمكان وجوده عاده، فإن الممكن وجوده عاده هو الذى لا يعز وجوده

و من هنا فرع علیه «انه لو أسلم فی منقطع عند الحل کالرطب فی الشتاء لم یصح، و کذا لو أسلم فیما یندر وجوده، و یقل وقت الأجل حصوله، کالرطب أول وقته، لتعذر حصول الشرط، و لو غلب علی الظن وجوده وقت الأجل، لکن لا یحصل إلا بمشقه عظیمه کالقدر الکثیر من الرطب فی الباکوره، فالأقرب الجواز، لإمکان التحصیل عند الأجل، و قد التزمه المسلم الیه، خلافا لأکثر الشافعیه» الی آخره و ظاهر الجمیع ما قلناه.

و فی مفتاح الکرامه «ان الخلاف و السرائر و المبسوط و التذکره فی موضع منها و التحریر و نهج الحق عبروا عنه بکونه مأمون الانقطاع، و زید فیما عدا الأولین کونه عام الوجود، و فی الخلاف الإجماع علی ذلک، و فی التحریر نفی الخلاف عن الأولین، و فی نهج الحق ان ذلک مذهب الإمامیه».

و فیه ان ما حضرنی من هذه الکتب لم یعبروا بذلک فی بیان الشرطیه لأصل السلم بل ذکروا ذلک فی السلف فی خصوص المعدوم، للرد علی ابی حنیفه، و ستسمع عباره التحریر و نهج الحق و السرائر و غیرها، و فی التذکره بعد ان ذکر الشرط بالعباره التی سمعتها قال: «مسأله یجوز السلم فی کل معدوم ان کان مما یوجد غالبا فی محله، و یکون مأمون الانقطاع فی أجله»، ثم ذکر خلاف أبی حنیفه و ضعفه. نعم فی الوسیله «انما یصح السلف إذا اشتمل علی تسعه شروط، وصف المبیع، و بیان النوع، و المقدار بالشیء المعلوم، و بیان الأجل، و ان یأمن انقطاعه المسلف فیه عند محله، و عام الوجود، و تعیین موضع التسلیم ان کان لنقله اجره، و مشاهده رأس المال أو وصفه، و تبیین مقداره و قبضه قبل التفرق» و یمکن ان یرید بعام الوجود سنته.

و کیف کان فالمراد علی تقدیر التعبیر عنه بذلک ما ذکرناه أیضا، ضروره کون المأمون انقطاعه الذی یعتاد وجوده، بل کان من أردفه بعموم الوجود أراد تفسیره بذلک، فیرجع الجمیع الی معنی واحد، و لذا قال: فی التحریر «یجب کون المسلم فیه عام الوجود عند الحلول

بلا خلاف» و كان الغرض من التعرض الى هذا الشرط الذى لا يختص بالسلم الرد على الثورى و الأوزاعى و ابى حنيفه الذين لم يجوزوا السلم فى المعدوم، و انه يجب ان يكون جنسه موجودا حال العقد الى حال المحل، محتجين بان كل زمان من ذلك يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه، بان يموت المسلم اليه فيعتبر وجوده فيه كالمحل، و هو واضح البطلان، بل قول الأصحاب و ان كان معدوما وقت العقد كالصريح فى التعريض به، و من هنا قال فى كشف الحق. «ذهبت الإماميه إلى جواز السلف فى المعدوم إذا كان عام الوجود وقت الحلول.

و قال أبو حنيفه: لا يجوز الا ان يكون جنسه موجودا فى حال العقد و الحلول و ما بينهما» الى آخره و هو كالصريح فى ان المراد ما ذكرنا.

و فى السرائر لم يذكر ذلک فى شرائط السلم، و انما قال بعد الفراغ من جمله من احكامه: «و يجوز السلف فى المعدوم إذا كان مأمون الانقطاع» و قال فى المقنعه باب البيع المضمون: «و من ابتاع شيئا معروفا بالصفات كان ذلک ماضيا و ان لم يكن الشى ء حاضرا وقت الابتياع، فإذا ابتاعه على ما ذكرناه كان فى ضمان البائع حتى يسلمه الى المبتاع، (الى أن قال) و لا يصح بيعه مشترطا من أصله، و لا بأس ببيعه مطلقا بغير اشتراط و المشترط من أصله بيع الحنطه من أرض مخصوصه، و الثمره من شجره بعينها، و السخوله من غنم على حيالها و الزيت من الزيتون الفلانى، و الدهن من السمسم المعين، و الثوب من غزل امرأه مسماه، لان ذلک ربما خالف الصفه، بل هو غير مضمون لجواز فوته، و لا بأس ببيع ذلک مطلقا من غير اضافه الى أصل مخصوص من بين الأصول، بعد ان تميزه بالصفات» الى آخر الباب.

و ليس فى شى ء من كلامه تعرض لعموم الوجود و كذلک الشيخ فى النهايه، بل ظاهر إطلاق كلامهما عدم ذلک، و نصهما على المنع مع اشتراط التعيين فى الأرض بعد تعليلهما ذلک بعدم ضمانه ليس مبناه ذلک قطعا كما هو واضح. و كيف كان فمن الغريب تخيل المخالفه من عبارتى القواعد و الدروس لما عند الأصحاب حيث اكتفيا بالإمكان

و القدره، و هما أعم من عموم الوجود و غلبته و اعتیاده.

و فیه ما عرفت من ان المراد بالإمکان ذلک- و أما القدره فهی أوضح فی هذا المعنی منه، ضروره عدم إحرازها فی غیر العادیات التی لم یعلم حصول القدره علیها، للشک فی أصل وجودها المقتضی للشک فی القدره علیها الذی هو معنی الغرر المنهی عنه، مع انه قد صرح فی الدروس بأنه لو أسلم فیما یعسر وجوده عند الأجل مع إمکانه، کالکثیر من الفواکه فی البواکیر، فان کان وجوده نادر بطل، و ان أمکن تحصیله لکن بعد مشقه فالوجه الجواز مع إمکانه، و یحتمل المنع لانه غرر.

و کیف کان فلا ریب فی اعتبار هذا الشرط بناء علی ذلک إذ صحیح عبد الرحمن (۱)و الإجماع

بقسمیه و أدله الغرر(۲)و غیرها حجه علیه أما إذا أرید منه أمر زائد علی ما فی البیع، و انه لا یجوز السلم فیما یجوز نقله بغیره مما لم یکن عام الوجود و غالبه، کما عساه یوهمه ظاهر بعض العبارات، و بعض الفروع المذکوره، فلا أجد دلیلا علیه بل إطلاق الأدله یقضی بخلافه بل شدد النکیر المقدس الأردبیلی علی اشتراط هذا الشرط، و ادعی ان موثقه عبد الرحمن المتقدمه سابقا داله علی خلافه، بل و

صحیح زراره(۳)«سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل اشتری طعام قریه بعینها فقال لا بأس ان خرج فهو له، و ان لم یخرج کان دینا علیه».

و

خبر خالد بن الحجاج (۴)عن الصادق علیه السلام أیضا «فی الرجل یشتری طعام قریه بعینها و ان لم یسم له طعام قریه بعینها أعطاه حیث شاء»

و کان فی الخبر سقطا الا انه لا یقدح فی الاستدلال، قلت: بل و

خبر الکرخی (۵)، عن أبی عبد الله علیه السلام

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحکام العقود- الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب آداب التجاره- الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب السلف الحدیث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب السلف الحدیث- ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب السلف الحدیث- ۲.

«كـل طعـام اشتريته فى بيـدر أو طسوج (أى ناحيه) فأبى الله عليه، ليس للمشترى الا رأس ماله، و من اشترى من طعام موصوف و لم يسم فيه قريه و لا موضعا فعلى صاحبه أن يؤديه»

و الجميع كما ترى منافيه للشـرط المزبور الـذى قـد عرفت خلو جمله من العبارات عنه على هـذا النحو المـذكور فى كلام بعض المتأخرين.

و فى الغنيه «و أمـا السـلم فشـرائطه الزائـده التى تخصه أربعه، ذكر الأجل المعلوم، و ذكر موضع التسـليم، و أن يكون رأس المال مشاهدا، و أن يقبض فى مجلس العقد، بدليل الإجماع من الطائفه، و لانه لا خلاف فى صحته مع تكامل هذه الشروط، و لا دليل على ذلـك إذا لم تتكامـل» و هو كما ترى قـد نفى الخلاف عن الصـحه مع هـذه الشـروط التى ليس منها عموم الوجود فعلم ان مرجعه إلى القدره على التسليم التى لا فرق فيها بين السلم و غيره.

و مما يؤكد ذلك أنه بناء على هذا الشـرط و أنه غير القدره على التسـليم ينبغى بطلان السـلم فيما اتفق انحصاره فى بعض الناس من غله أو قهوه أو إبل أو غنم أو عبيد أو غير ذلك، و ان كان الموجود فعلا عنده كثيرا فليس له أن يبيع شـيئا منه مضـمونا حالا منه، أو على أنه سـلم أو مؤجلاـ بساعه مثلا، لاشتراط عموم الوجود و الفرض انتفاؤه، و البـديهيه تقضـى بفساد ذلك، كاقتضائها فساد دعوى بطلان السـلم فى غله بلد بعيده عن بلد العقد لا يعتاد النقل منها اليه، مع أنك قد سـمعت ما فى الدروس من الصـحه مع قصد البلد، بل الظاهر الصـحه و لو شـرط التسـليم فى بلد العقد، و عدم عموم وجوده فيه غير قادح بعد أن كان عاما فى بلده، فينقله حينئذ منها مقدمه للتسليم، و لو صرح باشتراط النقل كان أوضح فى الصحه.

نعم يتجه البطلان فيما لو أسـلم فى غله لا توجد إلا فى بلد بعيده لا يعتاد النقل منها على أن يكون المراد هذه الغله فى هذا البلد، ضروره عدم القدره على التسليم و لا يكفى وجودها فى تلك البلاد، و لانصراف عقد السلم عرفا فى غله بلد العقد و ما

قاربها مما یتعارف النقل منها لا مثل ذلک، و لذا لا یکلف النقل من أمثال ذلک فی الآفه مع المشقه و البعد المفرط، و من ذلک کله یظهر لک ما تسمعه من الروضه، بل کان شبه التدافع بین أول کلامه و ذیله، الا ان یرید بالبلد التی اشترط التسلیم فیها ما کانت من بلاد المسلم فیه، فیتفق حینئذ کلاما، بل لعله بذلک یرجع الی ما ذکرناه کغیره من کلام الأصحاب، و ستسمع عباره التذکره و غیرها فی آخر البحث فتأمل جیدا.

و من ذلک کله یظهر لک ان ما ذکروه سابقا من أنه لا یجوز الاستقصاء فی الوصف المؤدی الی عزه الوجود مرجعه الی ذلک عند التأمل، و ان عللوه بأن عقد السلف مبنی علی الغرر، لانه بیع ما لیس بمرئی، فإن کان عزیز الوجود کان مع الغرر مؤدیا إلی التنازع و الفسخ، فکان منافیا للمطلوب من السلف مع أنه یمکن إرجاعه الی ما قلناه.

و فی المحکی عن الإیضاح تعلیله بأنه لما جل جناب الحق جل شأنه عن التکلیف بما لا یطاق، و اقتضت حکمته البالغه عدم خرق العادات غالبا بمجرد ما یرد علی العبد من تناقض الإرادات، أبطل السلم فیما یؤدی الی أحدهما قطعا، و ما تجدد أدائه تجدد بطلانه، قال: فظهر من ذلک أن ما یعز وجوده لا یصح السلم فیه، و بقی ما لا یعز، لکن وجوده أقل فی الأغلب لاستقصاء الصفات و الأقرب فیه الصحه لعدم استلزامه المحال مع إمکانه فی نفسه، و جواز ثبوته فی الذمه، لوجود المقتضی و هو عقد البیع، و انتفاء المانع و هو عزه الوجود، ثم احتمل بطلانه.

قلت: لا ـ ریب فی ضعف الاحتمال إذا کانت القله بحیث لا تعد المعامله معها سفها، و منه یعلم ما فی القواعد من أن الأقرب جواز اشتراط ما لا یعز وجوده، و ان کان استقصاء کالسمن و الجوده، ان کان مراده البطلان بغیر الأقرب. و من هنا قیل أن غیر الأقرب الوجوب. و ان کان فیه أنه مساو للاول فی الضعف، أو أضعف إذا فرض

عدم توقف المعلوميه عليه كما هو واضح.

و كيف كان فالظاهر ان مرجع المنع فى عزه الوجود الى فقد هذا الشرط معها لا انه، أمر آخر زائد على ذلك، لعدم الدليل إلا الإجماع المحكى الظاهر فى انه هو الإجماع الذى حكى على هذا الشرط، و قد عرفت أن مرجعه إلى القدره على التسليم التى لا يطمأن بها إلا فى معتاد الوجود، بل لا تخرج المعامله عن كونها سفهيه إلا بنحو ذلك نعم قد اعتبر فى الروضه غلبه وجوده فى البلد الذى اشترط تسليمه فيه أو بلد العقد حيث يطلق بناء على انصرافه اليه عند الإطلاق، أو فيما قاربهما بحيث ينقل إليهما عاده، فلا يكفى الوجود فيما لا يعتاد نقله فى غرض المعامله، بل ينقل هديه و نحو ذلك، ثم ذكر أنه لو عين غله بلد لم يكف وجوده فى غيره و ان اعتيد نقله اليه، و لو انعكس بأن عين غله غيره مع لزوم التسليم شارطا نقله اليه فالوجه الصحه، و ان كان يبطل مع الإطلاق، و الفرق ان بلد التسليم حينئذ بمنزله شرط آخر، و المعتبر هو بلد المسلم فيه.

و كأنه أخذ ذلك مما فى الدروس قال: «و لا يكفى وجوده اى المسلم فيه فى بلد لا يعتاد نقله اليه الا نادرا كالهديه، و لو عين بلدا لم يكف وجوده فى غيره و ان اعتيد نقله، الى ان قال: لو شرط نقل الفاكهه من بلد بعيده الى بلده قبل وجودها فى بلده صح، و ان كان يبطل مع الإطلاق، و لا يجب عليه السعى فيها، و الفرق بينه و بين البواكير أنها مقصوده عند العقد بخلاف تغاير البلدين، و لو فرض قصد ذلك البلد صح.

و على كل حال فقد يتوهم منه أمر زائد على القدره على التسليم المشترطه فى البيع، ضروره ان المدار فيها على صدقها من غير مدخليه لبلد التسليم و غيره فيجب عليه حينئذ نقله اليه ان لم يكن فيه مقدمه لتسليمه فيه، لا ان الوجود فيه مقدمه لوجوب دفعه، لكن قد عرفت فيما مضى احتمال ارادته ما لا ينافى ما ذكرناه، مع انه قد

يؤيده ما فى التذكره قال: «يجوز ان يسلم فى شى ء ببلد لا يوجد ذلك الشى ء فيه، بل ينقل اليه من بلد آخر لإمكان التسليم وقت الأجل، و كان سائغا كغيره، و لا ـ فرق بين ان يكون بعيدا أو قريبا، و لا ان يكون مما يعتاد نقله إليه أولا، و لا يعتبر مسافه القصر هنا، و هو قول بعض الشافعيه، و قال بعضهم ان كان قريبا صح و ان كان بعيدا لم يصح، و قال:

آخرون ان كان مما يعتاد نقله إليه فى غرض المعامله لا فى معرض التحف و الهدايا و المصادرات صح السلم و الا فلا، أما لو أسلم فى شى ء يوجد غالبا فى ذلك البلد وقت الحلول، فاتفق انقطاعه فيه و أمكن وجوده فى غيره من البلاد، فهل يجب على البائع نقله، الأقرب ذلك مع انتفاء المشقه و عدم البعد المفرط، و لا عبره بمسافه القصر و لا إمكان الرجوع من يومه، الا انه لا يخفى منافاته لأول فروع الروضه إلا مع التأويل.

و فى التنقيح «لو كان يوجد فى بلد آخر لم يجب نقله، لا مع المشقه و لا مع عدمها إذا كان قد عين البلد، و الا وجب فتأمل جيدا، فإن المسأله من المشكلات»، و كان منشأ الوهم فيها تلك العباره التى وقعت للرد على ابى حنيفه فى السلف فى المعدومات، و لكن ينبغى ان يعلم انه لو ذكر بلد المسلم فيه على وجه يكون من صفاته لم يكف وجوده فى غيره، و كذا لو أطلق و كان الإطلاق منصرفا الى ذلك على هذا الوجه، اما إذا كان استحقاق السلم من حيث الدينيه، و كان قد اشترط بلدا مخصوصه، أو كان إطلاق العقد مقتضيا ذلك، فلا يعتبر وجوده فى ذلك البلد، بل يكفى الإتيان بالكلى الثابت فى الذمه على وصفه من اى بلد كان، من غير فرق بين بلد العقد و غيره، و لعل هذا مراد ثانى الشهيدين إذا لم يكن ثم عرف أو قرينه تقتضى اراده غله بلد السلم على وجه الوصفيه، و لو لجهل بحالها و الله العالم.

و كيف كان ف لا بد ان يكون الأجل الذى قد عرفت وجوب تعيينه و أنه لا يجوز ان يكون محتملا للزياده و النقصان معلوما للمتعاقدين مصداقه فلا يكفى انضباطه فى نفسه و ان احتمل، الا أنه واضح الضعف، للغرر، و انسياق العلم

عندهما مما اعتبر معلوميته من النص و معقد الإجماع و غيرهما، فلا يجوز التأجيل بالنيروز بانتقال الشمس الى برج الحمل المسمى بالنيروز، أو برج الميزان المسمى بالمهرجان، و بفصح النصارى و هو عيد من أعيادهم كالسعانين و الفطير اللذينهما عيدان، من أعياد أهل الذمه، و لا بالأشهر الفرسيه كتير ماه أو مرداد ماه، و الروميه كحزيران و تموز، أو غير ذلک، إلا إذا كان يعلمان ذلک مفهوما و مصداقا حتى ترتفع الجهاله.

و لعل إطلاق الفاضل فى التذكره و القواعد جواز ذلک محمول على صوره علمهما، و ان كان قد يوهم بعض عبارات الأول خلاف ذلک، لكن يقوى ان مراده الرد على بعض من أطلق المنع من العامه كما يومئ ذكره بعد ذلک اعتبار علم المتعاقدين و عدمه، و ربما ظهر من بعض عباراته التوقف فى ذلک، و التحقيق ما ذكرنا. و لا يرد عليه التأجيل بالشهر الهلالى الذى لم يعلم نقيصته و تماميته، للتسامح العرفى فى ذلک و عدم عد مثله جهاله عندهم.

و إذا قال: الى جمادى حمل على أقربهما، و كذا الى ربيع، و كذا الى الخميس و الجمعه بلا خلاف أجده فى الأخيرين، بل و لا اشكال معتد به فيه فى العرف، و كان التعريف فيهما و أشباههما للعهديه، كما ان المجرد منهما من أسماء الأشهر كرمضان و شعبان كذلک أيضا فى الحمل على الأقرب، أما ربيع و جمادى فظاهر التذكره عدم حملهما على الأقرب، و لعله لتخيل الاشتراک اللفظى، و فيه منع واضح، ضروره أنهما من المشترک المعنوى، إذ معنى الأول كل ثلاثين بين صفر و جمادى فى كل سنه و الثانى كل ثلاثين بين ربيع الثانى و رجب فى كل سنه، فهما حينئذ كخميس و جمعه لليوم المخصوص من كل أسبوع، و من هنا ساوى بعضهم بين الجميع فى الصحه و البطلان، و قد عرفت ان الفهم العرفى على التنزيل على الأقرب فى الجميع و ان اختلفا فى مرتبه الظهور، و هو العمده لا التعليق على الاسم الصادق بحصول الأقرب، لعدم رجوعه بعد التأمل إلى محصل يعتمد عليه.

و تظهر ثمره الحمل فيما لو ماتا و لم يصرحا بالقصد، أو فيما إذا اختلفا بعده فيه فإنه يقدم مدعى الأقرب، بل تظهر أيضا فيما إذا أوقعا العقد غير مستحضرين الأقرب إلا انهما من أهل العرف اللذان يحملانه عليه لو سمعاه، فإنه يحكم بصحه العقد و يحمل على الأقرب، لأن عدم الاستحضار ليس جهاله. نعم لو لم يعلما العرف و أوقعا العقد معتمدين على السؤال عنه بعد ذلك، اتجه البطلان، لما عرفت من أن المدار فى رفع الغرر علمهما بذلك، لا مضبوطيته فى الواقع، كما هو واضح فتأمل جيدا و الله أعلم.

و يحمل الشهر عند الإطلاق على عده بين هلالين مع الإمكان كما إذا وقع العقد فيما يقال عليه عرفا أنه أول ليله الهلال بلا خلاف أجده فيه، بل ظاهرهم انه المعنى الحقيقى للشهر، بل هو المراد مما فى التذكره من أن الشهر الشرعى ما بين الهلالين، إذ من المعلوم عدم الحقيقه له شرعا، نعم لو تعذر إراده الهلالى للقرينه أو كان العقد فى الأثناء إلى شهر و الفرض اتصال الأجل بالعقد حمل على الثلاثين يوما لانه المنساق بعد تعذر الحقيقى، فليس هو من المشترك لفظا بينهما لأصاله عدمه، و لا من المشترك معنى، لعدم القدر المشترك بينهما بحيث يطمئن بوضعه لهما، و الاكتفاء بكل منهما فى نحو من أقام سته أشهر، أو إذا قال السيد لعبده أقم فى هذه البلاد شهرا أو غير ذلك يمكن أن يكون لظهور اراده عموم المجاز كاليوم المنكسر فى إقامه عشره أيام، المعلوم انه مع التلفيق ليس يوما حقيقه، كمعلوميه بطلان عدم اعتباره أو احتسابه يوما فليس الا التلفيق، مع دعوى كون المراد من العباره ما يشمله، و لو من عموم المجاز فتأمل جيدا.

نعم قد يناقش فى الفرض بمنع انسياق الثلاثين منه، ضروره صدق الشهر على ما إذا أكمله بقدر الفائت من الشهر المقبل نصفا أو ثلثا أو غيرهما كما تسمعه فيما لو كان الأجل شهرين فصاعدا و كان العقد فى أثناء الأول، و دعوى اختصاص النزاع فيه دونه

كمـا هو ظـاهر الثـانى الشـهيدين و غيره، بـل لعله ظـاهر المتن أيضـا لا مسـتند لها، كما لا يخفى على من لاحظ أدله الطرفين فى المسـأله الا ـتيه فتأمـل. اللهم الا ان يقال ان ظاهر الشـهرين كونهما على نسق واحـد، فإذا كان أحـدهما هلاليا نطقا لإمكانه وجب تلفيق الثانى كذلك، بخلاف الشهر الواحد المنكسر.

و لو قال المتعاقـدان فى بيان الأجل إلى شـهر كذا و كان زمان فاصل بينه و بين ما جعله غايه حل بأول جزء من ليله الهلال، نظرا الى العرف فى خروج الغـايه هنـا، و ان المراد كون غـايه التأخير دخول رجب مثلا اما إذا قال الى شـهر و أبهم فالعرف قاض بأن المراد مضـى شهر لا الشروع فى مسمى الشهر القاضى بعدم الأجل للسلم حينئذ، ضروره تحقق ذلك بأول لحظه متصله بالعقد، و ليس مبنى الفرق فى هـذا الفهم العرفى أن الشـهر المبهم اسم لمجموع المـده، فلا ـ يتحقق الا ـ بعـد مضـيها، بخلاف رجب الـذى يتحقق بأول جزء منه، إذ فيه أن رجب أيضا مجموع المده.

نعم قـد يقـال ان مبنـاه مـا أشـرنا إليه من انه لو كـان المراد به ما يراد به من المعين كان السـلم بلا أجل، و الفرض اراده المؤجل قطعـا، و منه ينقـدح وجه الصـحه فيمـا لو فرض التأجيـل بـالمعين على نحو ذلـك، كمـا لو قـال: الى رجب و هو فى أول رجب، فيحمل حينئـذ على اراده مضـى رجب، و ان كان قـد يناقش فيه أولا بأنه لا مانع فيه من حمله على الحلول، بناء على وقوع السـلم كـذلك، و على القول بعـدمه يتجه البطلان كما فى المسالك بفقـد شـرط الصـحه، و مخالفه الظاهر لتحصـيل حكم شـرعى غير لا ـزم، لا ـن البطلان شـرعى أيضا، و لو قال محله فى شـهر كـذا أو فى يوم كـذا بطل، وفاقا للفاضل و الكركى و غيرهما، للجهاله بعدم التعيين، اللهم الا أن يدعى التسامح فى ذلك كالتسامح فى تماميه الشـهر و نقصانه، أو يدعى الحلول بأول جزء منهما، كما لو جعلا ـ غايه كما هو المحكى عن مبسوط الشـيخ و خلافه، و فيه منع فهم العرف ذلك كمنع المساواه بين التسامحين خصوصـا فى الشهر، و لو قال: إلى أول الشهر أو آخره ففى

القواعد احتمل البطلان، لأنه يعبر به عن جميع النصف الأول و النصف الأخر، و فيه أنه مجاز، و الحقيقه أول جزء منه و آخره فالوجه الصحه كما إذا لم يذكر الأول و الله أعلم.

و لو قال الى شهرين مثلا و كان العقد فى أول الشهر عد شهرين أهله لما عرفت من أنه المعنى الحقيقى و إرادته ممكنه، و ان كان قد أوقع العقد فى أثناء الشهر احتسب الثانى هلاليا لإمكانه و أتم من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد نصفا أو ثلثا أو نحوهما، حتى لو كان ناقصا كفى إكمال ما يتم به تسعه و عشرون يوما لان النقص جاء فى آخره، و هو من جمله الأجل، و الثابت من الأول لا يختلف بالزياده و النقصان، و بذلك يكون الشهران هلاليين، و هو ظاهر اللمعه و عن المبسوط انه قواه، و لعله للصدق عرفا بذلك، و لأنه أقرب إلى مراعاه الحقيقه فيما بقى و فيما مضى و قيل و القائل الأكثر كما فى المسالك يعتبر ما عدا الأول هلاليا لإمكانه و اما هو ف يتمه من الثالث ثلاثين يوما لانه المنساق بعد تعذر الهلالى حقيقه، ضروره اقتضاء مراعاته اطراح المنكسر فيتأخر الأجل عن العقد، فيتعين اعتباره عدديا، و لا يقدح إتمامه من الشهر المتأخر، دون الذى يليه محافظه على إبقاء الهلالى حقيقه فيه. و لأن الإكمال صادق سواء أكمل من الذى يليه أم من غيره، الا ان الإكمال مما يليه مقتض لاختلال الهلالى فى الآخر مع إمكانه، فيتعين الثانى و لا محذور فيه، بعد أن كان جميع الأجل بحكم واحد، فلم يكن المتخلل لشى ء آخر فتأمل.

و لذلك و غيره قال المصنف و هو أشبه وفاقا للفاضلين و الشهيدين و المحكى عن المبسوط و غيره، لكن زاد فى الاستدلال فى المسالك بأن الأجل إذا كان ثلاثه أشهر مثلا فبعد مضى شهرين هلاليين و ثلاثين يوما ملفقه من الأول و الرابع يصدق انه قد مضى ثلاثه أشهر عرفا، فيحل الأجل و الا كان أزيد من المشترط و بأنه إذا وقع

العقد فی نصف الشهر مثلا و مضی بعده شهران هلالیان یصدق انه مضی من الأجل شهران و نصف، و ان کانت الثلاثه ناقصه، و هذا أمر ثابت فی العرف حقیقه، فیکفی إکمالها خمسه عشر یوما لصدق الثلاثه معها، و فیه انه لم یظهر لنا وجه معتد به لتغییر المثال بالشهرین إلی الثلاثه مع انهما سواء فی الصدق العرفی، و قوله (و الا) الی آخره لا یتم فی نفی احتمال اعتبار إتمامه هلالیا، ضروره عدم اقتضائه أزید من المشترط کما هو واضح، و ظاهر القائل باعتباره ثلاثین یوما عدم اکتفائه بالنصف الناقص، و من هنا کان یلزم علی هذا القول انه لو جعل الأجل ثلاثه أشهر مثلا و وقع العقد فی صفر بعد مضی ساعتین و جاء ناقصا، فإنه یکمل من جمادی الاولی یوما و ساعتین فیحصل من ذلک ثلاثه أشهر هلالیه زائده یوما و ساعتین و العرف واضح الصدق بدون ذلک.

و اما القول بانکسار الجمیع الذی نفی عنه البعد فی المختلف بل حکی عن أحد قولی المبسوط، فهو و ان احتج له بأن الأیام الباقیه من الشهر المنکسر اما ان لا تحسب من أحدهما أو من الثانی و کلاهما محال، فلیس الا احتسابها من الأول، و حینئذ لا یعقل دخول الثانی حتی یتم الأول مما یلیه فینکسر حینئذ و هکذا، لکن قد یناقش فیه أولا بعدم اعتبار الهلالی فی الممکن منه، و قد عرفت ما یعین التلفیق من الأخیر، و أنه لا محذور فیه، و ثانیا بأنه تقتضی بناء علی اعتبار الجمیع ثلاثین یوما زیاده ثلاثه أیام مثلا لو فرض کون الأجل ثلاثه أشهر و اتفق نقصانها، اللهم الا ان یرید انکسارها جمیعا و اعتبارها هلالیه بإتمام کل منهما بقدر الفائت منه.

و فیه حینئذ منع صدق تمام الشهر عرفا لو کان ناقصا بإتمامه أربعه عشر یوما و نصف من الشهر الأخر، و من ذلک ینقدح الضعف فی القول الأول، و لعل القول بإتمامه هلالیا بأن یؤخذ نصف الهلالی الثانی مکملا به الشهر الأول و ان کان ناقصا أولی فی الصدق العرفی الا انه لما کان الثانی غیر معلوم هلاله ناقصا أو تاما، و کان الأصل عدم خروج الهلال و الأصل عدم الحلول، وجب الاقتصار فی نصفه قبل ان یتبین علی الخمسه عشر، و هکذا

الثلث و الربع، و نحوه لو كان الأجل نصف الشهر المعين.

و من ذلك كله يظهر لك ان الاحتمالات خمسه أو أزيد. و بعضها أقوال، و لعل الاولى من ذلك الإحاله على أقل ما يصدق عليه العرف و ربما اختلف فتأمل جيدا و الله اعلم، و لو قال الى يوم الخميس، حل بأول خميس و أول جزء منه لما عرفته سابقا إذ لا فرق بينه و بين الشهر المعين و كيف كان ف لا يشترط فى صحه السلم ذكر موضع التسليم على الأشبه الأشهر بل المشهور نقلا-ان لم يكن تحصيلا و لو كان فى حمله مؤنه و لو كان العقد فى مكان من قصدهما أو أحدهما مفارقته، لإطلاق الأدله الوارده فى معرض البيان المؤيده بعدم ظهور مانع سوى تخيل تفاوت الأغراض بذلك، تفاوتا يختلف فيه الثمن فى الجميع أو فى بعض الأحوال و هو واضح الفساد، ضروره عدم اقتضاء ذلك الاشتراط إذا لم يكن عدمه مؤديا إلى جهاله فى الثمن و المثمن.

و من هنا لم يجب الاستقصاء فى الوصف و ان اختلف الثمن به و لا ريب فى عدم الجهاله عرفا بترك ذكر موضع التسليم، إذ هو أمر خارج عن المبيع فالمكان حينئذ كالزمان لا يجب التعرض له فى رفع الجهاله، و الا لوجب فى النسيئه و نحوها، و دعوى الخروج بالإجماع كما ترى، و له المطالبه به حيث شاء، الا إذا كان هناك عرف يقتضى الانصراف الى مكان مخصوص فيتبع حينئذ. إذ هو حينئذ كالمشروط كما هو ظاهر الأصحاب فى المقام، و نحوه من العقود التى تنصرف إلى إراده التسليم فى بلد العقد و ان كان للنظر فيه مجال، خصوصا إذا كان قد وقع العقد مؤجلا، و فى مكان من قصدهما أو قصد أحدهما مفارقته.

و على كل حال فذلك بحث آخر خارج عما نحن فيه، فلا يقال انه لا ينافى القول بالاشتراط المبنى قطعا على عدم الانصراف، ضروره انه غير متجه بناء على الانصراف، لارتفاع الجهاله المقتضيه للاشتراط بذلك، إذ الظاهر أن القول بالعدم ليس مبناه الانصراف الذى قد يفقد، كما إذا كانا فى مكان من قصدهما مفارقته أو غير ذلك، بل

مبناه ما ذكرنا من عدم قدح مثل هذه الجهاله بعد أن لم تكن فى الثمن و المثمن فتأمل.

و كيف كـان فقـد ظهر لـك ضـعف القول باشتراطه مطلقا الـذى اختاره فى الـدروس، بل نسـبه بعضـهم الى الخلاف، و ان كان المحلى من عبارته غير ظاهره فى ذلك قال:

«إذا كان السـلم مؤجلا فلا بـد من ذكر موضع التسـليم، فان كان فى حمله مؤنه فلا بـد من ذكره، الى ان قال: الصـحيح أنه يجب ذكر الموضع و المؤنه. دليلنـا طريقه الاحتيـاط لأنـه إذا ذكر الموضع و المؤنه صـح السـلم بلا خلاف، و إذا لم يـذكرهما لا دليل على صـحه هـذه» و فى التحرير نسب اليه ما عن المبسوط الـذى قواه الكركى من التفصـيل بين ما يكون لحمله مؤنه فيجب، أولا يكون كذلك فلا يجب. و وجهه كسابقه، و جوابه يظهر مما ذكرنا، بل فى السـرائر انه لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، و لا ورد به خبر عن أئمتنا عليهم السـلام، و انما هو أحد قولى الشافعى اختاره شـيخنا، الا تراه فى اسـتدلاله لم يتعرض لإجماع الفرقه، و لا أورد خبرا فى ذلك.

و من القريب مناقشـته فى المختلف بأنهم نصوا على اشتراط الوصف و هو يتناول المكان، لأن الأين من جمله الأوصاف اللاحقه للمـاهيه، فتكون الأخبار داله عليه، ضـروره عـدم اراده ذلك من الوصف المعتبر فى المسـلم فيه الـذى قـد عرفت أن اعتباره لرفع الجهاله التى لا فرق بين السـلم و غيره، و فرض احتياج الحمل الى المؤنه لا يوجب التعيين، خصوصا مع انصـراف العقد بناء عليه، بل و ان لم ينصرف إذا المرجع حينئذ فى ذلك الى الشرع، و لعل قواعده تقتضى وجوب الحمل الى المسلم، لانه يستحق التسليم على المسـلم اليه من حيث المعاوضه، فيجب الحمل حينئـذ مقـدمه إلا إذا اسـتلزمت قبحا يسـقط التكليف بها معه، و يحتمل عدم الوجوب، للأصل فيبقى فى ذمته على نحو الامانه.

و امـا التفصـيل بين ما كانا فى مكان من قصـدهما أو أحـدهما مفارقته، بريه كان أو غيره، و عـدمه فيجب التعيين فى الأول، دون الثانى و هو القول الرابع فكان مبناه

عدم انصراف العقد حينئذ، فيتحقق الجهاله، و فيه ما عرفت. و منه يظهر ضعف القول بالتفصيل بين ما كان فى حمله مؤنه أو كانا فى مكان من قصدهما مفارقه و عدمهما، فيجب مع واحد منهما، و لا يجب مع عدمه، و حينئذ فالأقوى ما عرفت، و حينئذ يكون كالحال الذى قطع فى المسالك بعدم الاشتراط فيه، و انه ليس محلا للخلاف فيكون حينئذ كغيره من البيوع يستحق المطالبه به فى محل العقد أو فى محل المطالبه إن فارقاه هذا.

و فى المسالک ان المعتبر فى تشخص المكان ذكر محل لا يختلف الحال فى جهاله و أجزائه عرفا كالبلد المتوسط فما دونه، و القطعه من الأرض كذلك، بحيث لا يفرق بين أجزائها و لا يحصل كلفه زائده فى جهه منها دون جهه. لا مطلق البلد، و لا الموضع الشخصى الصغير، و فيه انه يمكن القول بصحه الأول بناء على عدم اشتراط موضع التسليم، بل و الأخير إذا كان فيه غرض معتد به، لعموم

«المؤمنون عند شروطهم» (۱)

و قد يدفع الأول بأنه و ان قلنا بعدم الاشتراط الا انه مع التعرض له تجب المعلوميه

لأنه إذا كان مجهولا أفسد العقد، باعتبار عود جهالته الى غيره بخلاف ما إذا لم يتعرض له كما انه قد يدفع الثانى بأن الفرض فيه عدم الغرض المعتد بها و الأمر سهل.

[المقصد الثالث فى احكامه و فيه مسائل]

اشاره

المقصد الثالث فى احكامه و فيه مسائل

[المسأله الأولى إذا أسلف فى شى ء لم يجز بيعه قبل حلوله]

الأولى: إذا أسلف فى شى ء لم يجز بيعه قبل حلوله لا لعدم ملكيته قبل الأجل ضروره عدم مدخليه فيها. إذا العقد هو السبب فى الملك، و الأجل انما هو للمطالبه، و لا لعدم القدره على التسليم إذ من المعلوم انها فى المؤجل عند الأجل. و لا لغير ذلك من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

الأمور المعلوم بطلانها- بل للجماع المحكى فى التنقيح و ظاهر الغنيه و جامع المقاصد و غيرهما و عن كشف الرموز ان لم يكن محصلا، بل لعله كذلك و لا يقدح ظاهر ما فى الوسيله قال: «و إذا أراد أن يبيع المسلف ما أسلف فيه من المستسلف عند حلول الأجل أو قبله بجنس ما ابتاعه بأكثر مع الثمن الذى ابتاعه لم يجز و من باع بجنس غير ذلك جاز» بعد سبقه بالإجماع و لحوقه به فضلا عن خلاف بعض متأخرى المتأخرين فى ذلك لعمومات البيع و نحوها، مما لا يخفى على أصاغر الطلبه فضلا عن رؤساء الدين و المحامين عن شريعه سيد المرسلين.

و أما انه يجوز بعد حلوله و قبضه، فلا خلاف فيه و لا اشكال، بل الأقوى الجواز و ان لم يقبضه على من هو عليه و على غيره بجنس الثمن و مخالفه بالمساوى له أو بالأقل أو بالأكثر ما لم يستلزم الربا، سواء كان المسلم فيه طعاما أو غيره مكيلا أو موزونا أو معدودا أو غيره، لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوص

مرسل أبان (۱)عن الصادق عليه السلام «فى رجل يسلف الدراهم فى الطعام إلى أجل فيحل الطعام، فيقول: ليس عندى طعام، و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه فقال: لا بأس بذلك»

و

موثق ابن فضال (۲)«كتبت الى ابى الحسن عليه السلام الرجل يسلفنى الطعام فيجى ء الوقت و ليس عندى طعام، أعطيه بقيمته دراهم، قال: نعم»

و

خبر على بن محمد(۳)«قال: كتبت اليه رجل له على رجل تمر أو حنطه أو شعير، فلما تقاضاه قال: خذ بما لك عندى دراهم، أ يجوز ذلك أم لا فكتب عليه السلام: يجوز ذلك عن تراض منهما»

و

خبر العيص بن القاسم (۴)عن الصادق عليه السلام «قال: سألته عن رجلا أسلف رجلا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف- الحديث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف- الحديث- ۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحديث- ۱۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحديث- ۶.

دراهم بحنطه حتى حضر الأجل لم يكن عنده طعام، و وجد عنده دوابا و رقيقا و متاعا أ يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: نعم يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعا»

بناء على ان المراد بذلك كله خصوصا الأخير البيع لا الوفاء بدونه، و قصورها سندا أو دلاله منجبر بالشهره المحكيه و المحصله، كما أن اختصاص مواردها بالبيع على من له عليه غير قادح بعد تتميمه بما في الرياض من انه لا قائل بالفرق بين الطائفه.

و ان كان قد يناقش بما في التنقيح من الإجماع على صحه بيع السلم بعد حلوله قبل قبضه على من هو عليه، اما على غيره ففيه خلاف، قال الشيخ يصح، و منعه ابن إدريس و هو كذلك، لأنه في السرائر في باب السلم بعد ان حكى عن الشيخ الجواز مطلقا قال:

قد حررنا القول في بيع الدين و قلنا: انه لا يجوز الا على من هو عليه، و شرحناه و أوضحناه في باب الديون بما لا طائل في إعادته، فجعل ما نحن فيه من جزئيات تلك المسأله و كيف كان ففي الرياض انه قد خالف في ذلك الشيخ في التهذيب حيث منع من البيع بالدراهم إذا كان الثمن الأول كذلك، ل

خبر علي بن جعفر(۱)قال «سألته عن الرجل له على الأخر تمر أو شعير أو حنطه يأخذ بقيمته دراهم قال: إذا قومه دراهم فسد، لأن الأصل الذي اشترى به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم»

قال: و ضعف سنده يمنع من العمل به مع احتماله. ككلام التهذيب الحمل على صوره التفاوت بالزياده و النقيصه، كما فهمه الجماعه، و لذا لم ينسبوا اليه القول الأول بالمره، بل نسبوه الى هذا القول و له فيه موافق من الطائفه، كالاسكافي و العماني و القاضي و ابن حمزه و الحلبي و ابن زهره، و ادعى في الدروس انه مذهب الأكثر، و عن الحلبي دعوى الإجماع عليه، و هو ظاهر الغنيه. و اختاره جمع من تأخر.

قلت: بل هو مال إليه في الرياض للإجماع المحكي و النصوص المستفيضه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف- الحديث- ۱۲.

ک

صحیح محمد بن قیس (۱)عن أبی جعفر علیه السلام «قال: قال: أمیر المؤمنین علیه السلام من اشتری طعاما أو علفا إلی أجل، فان لم یجد شرطه و أخذ ورقا لا محاله قبل أن یأخذ شرطه فلا یأخذ إلا رأس ماله لا یظلمون و لا یظلمون»

و

صحیحه الآخر(۲)عنه أیضا «قال:

قال أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل أعطی رجلا ورقا فی و صیف إلی أجل مسمی، فقال له صاحبه: لا أجد لک وصیفا خذ منی قیمته وصیفک الیوم ورقا فقال: لا یأخذ الا وصیفه أو ورقه الذی أعطاه أول مره و لا یزداد علیه شیئا».

و

صحیح الحلبی (۳)عن الصادق علیه السلام «انه سئل عن الرجل یسلف فی الغنم ثنیان و جذعان و غیر ذلک الی أجل مسمی قال: لا بأس ان لم یقدر الذی علیه الغنم علی جمیع ما علیه یأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثیها و یأخذ رأس ماله ما بقی من الغنم دراهم»

و

صحیح یعقوب بن شعیب (۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یسلف فی الحنطه و التمر بماءه درهم فیأتی صاحبه حین یحل الذی له فیقول: و الله ما عندی إلا نصف الذی لک فخذ منی ان شئت بنصف الذی لک حنطه و بنصفه ورقا فقال: لا بأس إذا أخذ منه الورق کما أعطاه».

و فیه ان الإجماع المحکی موهون بمصیر أکثر المتأخرین إلی خلافه، بل ادعی جماعه کما قیل علیه الشهره مع ان الموجود فی الغنیه «فإذا حل جاز بیعه من المسلم الیه بمثل ما نقد فیه و بأکثر منه من غیر جنسه، و من غیر المسلم الیه بمثل ذلک. و أکثر منه من جنسه و غیره بدلیل إجماع الطائفه، و ظاهر القرآن، و دلاله الأصل الا ان یکون المسلم فیه طعاما فان بیعه قبل قبضه لا یجوز إجماعا علی ما قدمناه».

و هو صریح فی التفصیل بین بیعه علی من هو علیه، و علی غیره کظاهر ما سمعته سابقا من الوسیله، و المحکی من عباره أبی الصلاح فی المختلف خال عن الإجماع،

۱- ۱ الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحدیث ۱۵.

۲- ۲ الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحدیث ۹.

٣- ٣ الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث ١.

٤- ۴ الباب- ١١- من أبواب السلف الحديث ١۶.

و ظاهر فی غیر المنقول عنه، قال: العقد یقتضی تسلیم المعجل و تأخیر المؤجل، و تسلیمه عند حلول أجله سواء کان التأخیر مشروطا فی البیع أو الثمن فإذا حل و لم یکن عنده عین ما عقد علیه، فعلیه إحضاره، و یصح اقام العروض عنه من غیر جنسه، و لا یجوز له ابتیاعه من مستحقه بمثل ما باعه منه فی الجنس و لا بزیاده علیه نقدا، و لا نسیئه و لا نقله الی سلف آخر، و یجوز له ابتیاعه بغیر ما قبضه منه نقدا، و هو کما تری ظاهر فی المنع حتی بالمماثل.

نعم حکاه عنه فی المختلف أیضا أنه قال بعد کلام طویل: و لا یجوز لمن أسلم فی متاع أن یبیعه من مستسلمه و لا غیره قبل أجله، فإذا حل أجله جاز بیعه منه بمثل ما نقد، و أکثر منه من غیر جنسه، و من غیر المستسلم بمثل ذلک و أکثر منه من جنسه و غیره، و هو کالغنیه و الوسیله، و لعل حجته علی التقدیر الأول خبر علی بن جعفر(۱)السابق فإنه قد اعترف فی المختلف بدلالته علی ذلک. فکان نسبه هذا القول إلیه أولی مما فی الریاض من نسبته الی تهذیب الشیخ کما سمعت، مع أن المحکی من عباره التهذیب فی المختلف صریحه

فی خلافه، و لذا لم ینسبه الیه فیه، بل جعله من القائلین بالمنع من الزیاده فلاحظ و تأمل جیدا.

نعم قد حکی عن مبسوطه فی المختلف أنه قال إذا حل علیه طعام بعقد السلم فدفع الی المسلم دراهم نظر، فان قال: خذها بدله الطعام لم یجز، لان بیع المسلم قبل القبض غیر جائز، سواء باعه من المسلم الیه أو من الأجنبی إجماعا، و حکی عنه أیضا أنه لو کان له طعام من سلف و علیه مثله من سلف آخر فأحاله بما علیه لا یجوز، لان بیع السلم لا یجوز قبل القبض إجماعا، و ظاهره عدم الجواز قبل القبض مطلقا، و حینئذ تکون الأقوال سته أو سبعه، و الصحیح منها ما ذکرناه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحدیث- ۱۲.

و المراد من خبر محمد بن قيس (۱)بعد الإغضاء عن الاضطراب فى متنه على ما فى التهذيب و غيره أن المسلم إذا لم يوجد شرطه لآفه فى المسلم فيه أو لعدم مطالبته به الا بعد انقطاعه، و لم يرد الانتظار الى زمن حصول شرطه بل أراد الورق، فليس له أن يأخذ إلا رأس ماله، لا يظلم و لا يظلم، فيفسخ العقد حينئذ و يسترد الثمن، لا أن المراد بيعه عليه برأس ماله و كذا صحيحه الأخر، و مما يؤيد ذلك أن الخصم لا يعين ذلك عليه فى مفروض البحث، إذ يجوز له عنده بيعه بغير الجنس بما يساوى الثمن أضعافا مضاعفه، من

أن الخبر قد تضمن أنه ليس له الا ذلك كما هو واضح.

و أما صحيح الحلبى (۲)فلا دلاله فيه أصلا ضروره عدم البأس فيما تضمنه بعد التراضى منهما، مع أنه لم يعلم أن رأس مال المسلم فيه دراهم، و لا تعرض فيه للزياده و النقيصه و بالجمله هو غير ظاهر فى إراده البيع و صحيح يعقوب (۳)يمكن حمله على اراده السؤال عن جواز الفسخ فى البعض و لو مع التراضى، فأجابه عليه السلام بأنه لا بأس به إذا أخذ منه كما أعطاه حتى لا يترتب عليه الربا، لا أن المراد أن بيعه عليه بذلك، إذ لا يتصور ترتب الربا عليه بعد أن كان فى ذمه المسلم إليه الحنطه و التمر أو غير ربوى كالإبل و نحوها، لا الدراهم التى هى ثمنهما.

و منه يعلم أنه لا وجه للإشاره بآيه الربا الى ذلك فى الخبر الأول، و أنه لا بد من حمله على ما قلنا، و بذلك يظهر لك ضعف هذه عن الأدله المعارضه لها من الأصل و العمومات، و خصوص النصوص السابقه التى قد يناقش فيها بأن ما فيها من الوفاء لا البيع، فلا تدل على المطلوب فيها أيضا، لكن لا يخفى بعد إمكان منع هذه المناقشه فيها بظهورها سيما بعضها فى غير ذلك أن الأصول و العمومات كافيه فى الصحه، فميل الفاضل فى الرياض الى القول بعدم الجواز فى البيع بالجنس مع الزياده فى غير محله قطعا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحديث- ۱۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحديث- ۱۶.

و أما البيع بغير الجنس زاد أو نقص فلا خلاف فى جوازه، و فى المختلف أنهم قد أجمعوا عليه، و فى الرياض «أنه لا ريب فيه و فى البيع بالجنس مع عدم الزياده فتوى و روايه» قلت: قد سمعت كلام أبى الصلاح و ان كان لا ريب فى ضعفه، و على كل حال فقد ظهر لك قوه القول بالجواز مطلقا، كما أنه قد ظهر لك بمقتضى إطلاق الأدله و خصوص بعضها عدم الفرق فى ذلك بين كون المسلم فيه مكيلا و موزونا و بين غيرهما، و لا بين كونه طعاما و غيره، فما سمعته من الغنيه هنا من الإجماع على عدم الجواز فى الطعام فى غير محله، و لعل مبناه ما تقدم سابقا فى مبحث القبض من قول بعضهم بالمنع عن بيع المبيع إذا كان مكيلا أو موزونا قبل قبضه، و من آخرين منهم ابن زهره فى خصوص الطعام منهما.

لكن قد تقدم لك هناك ضعفهما و ضعف غيرهما، مع أنه يمكن القول به هنا و ان لم نقل به هناك، للأدله الخاصه الحاكمه على غيرها، و خصوص مواردها بمن عليه غير قادح بعد عدم الدليل الصالح للفرق، بل لو لا التسامح فى دليل الكراهه لأمكن المناقشه فى ثبوتها فى الطعام، فضلا عن مطلق المكيل و الموزون، و فضلا عن غيرهما كما هو مقتضى إطلاق قوله فى المتن على كراهه لعدم الدليل.

بل لعل ظاهر أدله المقام عدمها فى المبيع على من هو عليه، لكن للتسامح فيها يمكن القول بها، و لو لاحتمال الاندراج فيما تقدم فى ذلك المقام، و للخروج عن شبهه الخلاف فى الطعام، و الإجماع المدعى عليه هنا، و لغير ذلك و على كل حال فقد اتضح بذلك كله أنه يجوز بيعه قبل قبضه بأزيد من رأس المال أو انقص.

و كذا يجوز بيع بعضه كذلك و توليته و توليه بعضه و الشركه فيه و فى بعضه لعدم الفرق بين الجميع فى مقتضى بعض الأدله السابقه، خلافا للمحكى عن الشافعى فلم يجوز للمسلم أن يشرك غيره فى السلم. فيقول له شاركنى فى نصفه بنصف الثمن و لا أن يوليه، فيقول ولنى جميعه بجميع الثمن، و نصفه بنصف الثمن لأنها معاوضه فى المسلم فيه

قبل قبضه، فلم يجز كما لو كانت بلفظ البيع، و هو كما ترى، لا يقال ان إطلاق الأصحاب هنا الجواز مبنى على ما ذكروه فى باب القبض من منع بيع المبيع قبل قبضه إذا كان مكيلا أو موزونا أو إذا كان طعاما خاصه، أو إذا لم يكن البيع توليه على اختلاف الأقوال السابقه و كان الإطلاق هنا لرفع المنع من حيث كونه دينا، لا مطلقا، فيبقى المنع من حيث كونه مبيعا قبل قبضه على البحث السابق فيه، كما هو صريح الكركى و ثانى الشهيدين.

لأنا نقول: أولا قد بان لك فى ذلك المبحث ضعف الجميع، و ان الأقوى القول بالجواز مع الكراهه هناك، و ثانيا أنه يمكن الفرق بين المسألتين باعتبار الأدله الخاصه هنا كما جزم به المحدث البحرانى فى حدائقه فقال بالمنع هناك و بالجواز هنا، محتجا باختلاف موضوع المسألتين فى نصوص المقامين لاتفاقها هنا على البيع على من عليه و هناك على البيع على غيره.

قلت و ربما يؤيده ملاحظه بعض كلماتهم فى المقامين، و لو لا خوف الاطناب- و أنه لا فائده مهمه فى ذلك، إذ الظاهر الجواز على التقديرين: أى سواء قلنا بكون المسألتين من سنخ واحد من حيث البيع قبل القبض، أو مختلفين فى ذلك على معنى اختصاص المنع على القول به فى غير السلم دونه- لنقلنا جمله منها فلاحظ و تأمل، و الأمر سهل و كيف كان ف لو قبضه ثم باعه زالت الكراهه و هو واضح و الله أعلم.

[المسأله الثانيه إذا دفع المسلم اليه دون الصفه و رضى المسلم صح و برى ء]

المسأله الثانيه لا خلاف فى أنه إذا دفع المسلم اليه المسلم فيه دون الصفه أو المقدار المشترطين فيه لا يجب على المسلم قبوله، و ان كان أجود من وجه آخر لانه ليس نفس حقه مع تضرره به و لو رضى المسلم به صح و برى ء المسلم اليه مما كانت ذمته مشغوله به سواء شرط المسلم اليه ذلك لأجل التعجيل إذا كان قد دفعه قبل الأجل أو لم يشترط (۱۱) بل فى الغنيه يجوز التراضى على تقديم الحق عن أجله بشرط النقص منه، بدليل الإجماع و

قال: أبو بصير(۱)«سألت

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب السلف الحديث- ۲.

أبا عبد الله علیه السلام عن السلم فی الحیوان قال: لیس به بأس قلت: أ رأیت ان أسلم فی أسنان معلومه، أو شی ء معلوم من الرقیق فأعطاه دون شرطه أو فوقه بطیبه النفس قال: لا بأس»

و

معاویه(۱)«سألته أیضا عن الرجل أسلف فی وصفاء أسنان معلومه و غیر معلومه، ثم یعطی دون شرطه فقال: إذا کان بطیبه نفس منک و منه فلا بأس».

و

الحلبی (۲)«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن الرجل یسلم فی وصفاء بأسنان معلومه و لون معلوم ثم یعطی دون شرطه أو فوقه؟ فقال: إذا کان عن طیبه نفس منک و منه فلا بأس»

و

سأل یعقوب بن شعیب (۳)أبا جعفر أو أبا عبد الله علیهما السلام «عن الرجل یکون لی علیه جله من بسر فأخذ منه جله من رطب مکانها: و هی أقل منها قال: لا بأس قال: قلت:

فیکون لی علیه جله من بسر فأخذ مکانها جله من تمر و هی أکثر منها قال: لا بأس إذا کان معروفا بینکما»

الی غیر ذلک من النصوص الداله علی الجواز مع التراضی المؤیده بأنه لا بأس فی إسقاط حقه من الوصف و من المقدار و غیرهما مما اشترطه.

و من هنا صرح غیر واحد بعدم البأس مع التراضی لو دفع له غیر الجنس أیضا و هو جید الا أن الظاهر کون الفرق تحقق الوفاء بنفس المدفوع الفاقد للوصف الذی اشترط فی المسلم فیه، زائدا علی ما ارتفع به الجهاله من الوصف، بل و کذا ما ارتفع بها منه، لانه بعد إسقاط الحق من الوصف المشترط یصدق المسلم فیه حینئذ علی المدفوع، بخلاف ما إذا کان المدفوع من غیر الجنس، فان تحقق الوفاء به کالمعاوضه و قد یحتمل قویا کون الجمیع کذلک، خصوصا إذا کان الوصف مما ارتفع به الجهاله، و الاتحاد فی الجنس غیر کاف، ضروره عدم صدق المسلم فیه علی الجاریه السوداء المدفوعه عوض البیضاء التی هی المسلم فیها، و انما هو تراض علی المعاوضه بذلک فتأمل جیدا فإنه قد تترتب ثمرات علی ذلک.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب السلف- الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب السلف- الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من أبواب السلف- الحدیث- ۷.

منها- وجوب الدفع مع رضا صاحب الحق بما هو دون الوصف على الأول، بخلاف الثانى، و ربما يفرق بين الأوصاف، فلا يجب فيما كان منوعا منها دون غيره الذى يراد منه ثبوت الاستحقاق لذى الوصف، ثم على تقدير الوجوب فى الأول الظاهر بقاء استحقاقه المطالبه أيضا بالفرد الأول، و مجرد رضاه بدون قبض لا يسقط استحقاقه الأول، إذ هو ليس كحق الخيار و الشفعه. و حينئذ فيكون مراد المصنف و غيره بالبراءه مع الرضا فى صوره ما لو قبضه راضيا به عوض الحق، لا المراد سقوط حقه بمجرد الرضا. و ان رجع قبل القبض مع احتماله و ان كان بعيدا و ان أتى المسلم اليه ب المسلم فيه على مثل صفته التى اشترطت وجب على المسلم مع عدم العذر قبضه أو إبراء المسلم اليه مما اشتغلت ذمته كما تقدم الكلام فى ذلك و فى أنه لو أبى المسلم عنهما قبضه الحاكم إذا سأل المسلم اليه ذلك مفصلا فى بحث النقد و النسيئه فلاحظ و تأمل و أما لو دفع فوق الصفه بمعنى الجامع للأوصاف المشترطه عليه مع زياده أو الفرد الأعلى من مصداق الصفه وجب قبوله (۱۱) بلا خلاف معتد به و لا اشكال لتحقق المسلم فيه بذلك، ضروره عدم منافاه الزياده فهو حينئذ من المسأله السابقه.

و اشتراط طيب النفس منهما فى النصوص السابقه لدفع دون الشرط أو فوقه، يراد منه التوزيع لغلبه عدم رضا المسلم اليه بالفوق و المسلم بالدون فبين عليه السلام «أنه لا بأس بكل منهما مع الرضا من كل منهما» نعم لو دفع ذا الصفه الحسنه عوض ذى الصفه الرديه المشترطه من النوع الواحد و لعله غير المراد هنا من العباره- اتجه عدم الوجوب، كما عن الأردبيلى للأصل و لانه قد يتعلق له الغرض بما اشترطه، و للمنه إذ الفرض استحقاق الردى لا غير، و لغير ذلك، لكن هذا إذا لم يكن المراد من عباره الشرط أن المسلم فيه هذا فما فوقه، لا انه هو لا غير، فإنه يجب القبول حينئذ و عليه بنوا وجوب قبول الجيد المدفوع عن الأردى كما سمعته فيما تقدم.

و على كـل حـال لو دفع المسـلم إليه أكثر من المقـدار المطلوب منه لم يجب قبول الزيـاده للأصـل و للمنه التى لاـ يخفى ما فى تحملها من المشـقه، لعدم اسـتحقاق الزياده، و بذلك افتراق هذا عن السابق الذى هو من أفراد المسـلم فيه و ان لم يكن للمسـلم الإلزام به، و

صحيح الحلبى (۱)عن أبى عبد الله عليه السـلام «أنه سـئل عن الرجل يسلم فى الغنم ثنيان و جذعان و غير ذلك الى أجل مسمى قال: لا بأس ان لم يقـدر الـذى عليه الغنم على جميع ما عليه ان يأخذ صاحب الغنم نصـفها أو ثلثها و يأخذ رأس ما بقى من الغنم دراهم، و يأخـذون دون شـرطهم و لاـ يأخـذون فوق شـرطهم، قال: و الأكسيـه أيضا مثل الحنطه و الشـعير و الزعفران و الغنم»

مع احتمـال إراده رأس المـال من الشـرط فيه الـذى لو أخـذ الجاهـل الفوق منه ربما ضـمه الى رأس المال فيقع فى الربا بخلاف الدون، و اضطراب متنه بإسقاط الدون فى بعض النسخ و لعله أصوب.

يراد منه انه ليس لهم ما فوق لا انه لا يجب عليهم القبول لو كان مما فرضناه، فما عن

ابن الجنيد من مساواه زياده الصفه لزياده العين فى عدم وجوب القبول و مال اليه المحدث البحرانى و تبعه فاضل الرياض واضح الضـعف كما عرفت، هـذا كله إذا كان المدفوع من الجنس اما لو دفع من غير جنسه لم يبرأ إلا بالتراضـى مع التمكن من الجنس قطعا، لأنه معاوضه موقوفه عليه كما هو واضح و الله أعلم.

[المسأله الثالثه إذا اشترى كرا من طعام بماءه درهم و اشترط تأجيل خمسين بطل فى الجميع]

المسأله الثالثه قـد تقـدم البحث فى أنه إذا اشترى كرا من طعام مثلا مؤجلا بماءه درهـم و اشترط تأجيل خمسـين بطل فى الجميع على قول و انه يحتمل البطلان فيها خاصه و كذا لو دفع خمسـين و شـرط الباقى من دين له على المسلم اليه صح فيما دفع قطعا و بطل فيما قابل الدين (۱۱) فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحديث- ۱.

قول و فیه تردد أشبهه عند المصنف الکراهه کما عرفت بل و تقدم ما یستفاد منه حکم.

[المسأله الرابعه و هی لو شرطا موضعا للتسلیم فتراضیا بقبضه فی غیره جاز]

المسأله الرابعه و هی لو شرطا موضعا للتسلیم فتراضیا بقبضه فی غیره جاز ضروره أنه لهما إسقاط حقهما من الشرط، و ان کان الموضع المشترط ما انصرف الیه العقد شرعا نعم ان امتنع أحدهما لم یجبر علیه لقوله علیه السلام (۱)

«المؤمنون عند شروطهم»

بل و تقدم فی باب الصرف ما یستفاد منه حکم.

[المسأله الخامسه إذا قبضه فقد تعین و بری ء المسلم إلیه]

المسأله الخامسه و هی إذا قبضه ای المسلم المسلم فیه فقد تعین و بری ء المسلم إلیه فإن وجد به عیبا کان له الرد بالعیب ف إذا رده زال ملکه عنه، و عاد الحق إلی الذمه سلیما من العیب. لکن فی المسالک هنا انه لا أرش له، لم یتعین للحق بل وقع عوضا عن الحق الکلی مملوکا له ملکا متزلزلا- یتخیر معه بین الرضا به مجانا فیستقر ملکه علیه، و بین أن یرده فیرجع الحق إلی ذمه المسلم الیه سلیما، بعد أن کان قد خرج عنها خروجا متزلزلا. و نبه بقوله عاد علی ذلک، حیث ان العود یقتضی الخروج بعد أن لم یکن، فإنه مصیر الشی ء الی ما کان علیه بعد خروجه، و تظهر الفائده فی النماء المنفصل المتردد بین القبض و الرد، فإنه یکون للقابض، لانه نماء ملکه کنظائره من النماء المتجدد زمن الخیار، أما المتصل فیتبع العین، و یتفرع علیه أیضا ما لو تجدد عنده عیب قبل الرد، فإنه یمنع من الرد لکونه مضمونا علیه، و لم یمکنه بعده رد العین کما قبضها.

و به قطع فی التذکره و زاد أن له حینئذ أخذ أرش العیب السابق و ان لم یکن ثابتا لو لا الطاری، فان المنع منه انما کان لعدم

انحصار الحق فیه، حیث أنه أمر کلی و العیب غیر تام فی جمله أفراد الحق. فلما طرء العیب المانع من الرد تعین قبوله،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

فصار كالمبيع المعين إذا كان معيبا فإنه يجوز أخذ أرشه، و يتعين عند مانع من رده، و ربما قيل بجواز رده هنا، لعدم تعيينه ابتداء و العيب الطارى لم يوجب تعينه. غايه ما فى الباب أن يلزم بأرشه.

قلت: و نحوه يأتى أيضا فى التلف فيلزم بالقيمه لو أراد الرجوع بالبدل، و فيه أن ذلك مناف لما سمعته منهم فى باب الصرف، كما انه مناف لمقتضى الحكم بالرد ضروره أنه لا دليل على الرد الا الاندراج فيما دل عليه فى المبيع، بتقريب انه بالدفع و القبض صار كأنه مورد العقد، الا انه لا يقتضى رده فسخ العقد، كما اقتضاه لو كان المبيع معينا، باعتبار توقف عوده الى ملك مالكه الذى هو المراد من الرد على انفساخ العقد: بخلافه فى الفرض، إذ عوده الى ملك المالك انما يقتضى فسخ مقتضى القبض الذى هو السبب فى ملك هذا الشخص فيبقى مقتضى العقد على حاله، و حيث كان مبنى الرد الاندراج المزبور اتجه حينئذ ان له الرجوع بالأرش، لإطلاق ما دل عليه فى المبيع.

اللهم الا ان يقال انه مخالف لمقتضى الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، و هو إذا لم يمكن تحصيل المبيع سالما كما إذا كان معينا أما إذا أمكن كما فى الفرض لان له الرد و الابدال فلا يتجه الرجوع بالأرش.

نعم لو تعيب عنده أو تلف مثلا فتعذر الرد على حسب ما أخذه كان له الأرش كما سمعته من التذكره، و إلزامه بالأرش المعيب الحادث، أو القيمه لو أراد الإبدال ليس بأولى من إلزام البائع بالأرش، بل هو أولى، و لذا تعين فى المبيع المعين، لكن فيه انه مخالف لما سمعته منهم فى باب الصرف، بل لم يعرف فيه خلاف هناك.

نعم حكى هناك عن الشيخ و غيره أن له فسخ العقد أيضا، مضافا الى الابدال و الأرش، و ناقشه الفاضل فيه كما سمعته هناك مفصلا، فلاحظ و تأمل، حتى تعرف قوه القول بالخيار هنا بين الرد و الابدال، و بين الأرش، بل و تعرف أيضا فساد ما قيل هنا

على العباره و ما شابهها، من ان زوال الملك عند رده انما يكون بعد ثبوته، و المعيب ليس من المسلم فيه، فلا ينتقل عن المسلم اليه و ان عود الحق انما يكون بعد زواله، و هو مستلزم لأحد محذورين.

اما الحكم بالشىء مع وجود نقيضه، أو إثبات الحقيقه من دون لوازمها، و ذلك لان الحكم بالبراءه ان كان صادقا لزم الأول، و الا لزم الثانى، إذ لا بأس بالتزام كون المقبوض المعيب صالحا للأداء عن الحق إذا رضى به المستحق، لانه من جنس الحق و من افراد المسلم فيه، و عيبه ينجبر بالخيار، فيتم الزوال و العود، و لا بعد فى تحقق الملك متزلزلا لمكان العيب، و معلوميه إراده الصحيح لا تقتضى كون المسلم فيه الموصوف بالصحه كما هو واضح، فالنماء المتخلل حينئذ بين القبض الى حال الرد للقابض.

و من ذلك يظهر ما فى جواب الشهيد عن ذلك فى حواشيه بان الحكم بالزوال و العود مبنى على الظاهر حيث كان المدفوع من جنس الحق، و صالحا لان يكون من جمله أفراده قبل العلم بالعيب، فإذا علم بالعيب زال ذلك الملك الذى حصل ظاهرا و ان لم يزل فى نفس الأمر، فصح إطلاق الزوال و العود بهذا الاعتبار إذ قد عرفت ان الملك حاصل ظاهرا و باطنا، غايه امره التزلزل و هو غير مانع كنظائره، و قد تقدم لنا فى باب الصرف ما له نفع تام فى المقام بل منه يستفاد كثير من أحكام.

[المسأله السادسه و هى إذا وجد برأس المال المعين عيبا فان كان من غير جنسه بطل العقد]

المسأله السادسه و هى إذا وجد برأس المال المعين عيبا فان كان من غير جنسه بان كان فضه فبان نحاسا مثلا بطل العقد من أصله ان كان الجميع كذلك، و الا فبالنسبه و له حينئذ خيار التبعيض، و لو كان العقد بكلى أبدلت إذا لم يتفرق المجلس و الا بطل أيضا و ان كان العيب فى المعين من جنسه كالخشونه و اضطراب السكه رجع بالأرش إنشاء قبل التفرق قطعا، و بعده على الأصح، و يحتمل انفساخ العقد فيما قابله و ان اختار الرد كان له كما فى غيره من الثمن المعيب

و ينفسخ العقد، ضروره توقف الرد الى ملك الأول عليه. و ان كان كليا فله الأرش بناء على المختار، و له الرد و لكن لا ينفسخ العقد، لما عرفت من انه انما يقتضى فسخ مقتضى القبض.

نعم قد يقال به فى المقام لا لذلك، بل لاستلزامه عدم قبض الثمن قبل التفرق و فيه ان المقبوض المعيب ثمن، فيكفى قبضه قبل التفرق فى الصحه، و ان تعقبه فسخ مقتضى القبض بعد التفرق، بل لا يبعد لذلك عدم وجوب قبض البدل فى مجلس الرد، للأصل بعد ظهور الأدله فى غيره، كما انه لا يجب قبض الأرش فى مجلس اختياره، باعتباره انه كالجزء من الثمن.

و قد تقدم تحقيق كثير من هذه المطالب فى باب الصرف فلاحظ و تأمل كى تعرف الحكم فى جمله أقسام المسأله، إذ العيب اما ان يكون من الجنس أو من غيره، ثم اما ان يكون فى جمله الثمن أو فى بعضه، ثم اما ان يظهر قبل التفرق أو بعده، ثم اما ان يكون الثمن معينا أو كليا فالأقسام سته عشر و الله أعلم.

[المسأله السابعه إذا اختلفا فى القبض هل كان قبل التفرق أو بعده فالقول قول من يدعى الصحه]

المسأله السابعه إذا اختلفا المسلم و المسلم إليه فى القبض للثمن هل كان قبل التفرق أو بعده، فالقول قول من يدعى الصحه لأصالتها فيه بعد اعترافهما معا بحصوله، إذ هو أيضا مما يقع على وجهين.

فالأصل فيه الصحه كباقى أفعال المسلمين و أقوالهم التى تقع على وجهين، و قد رتب الشارع أثرا على أحدهما دون الأخر، و بذلك يظهر أنه لا حاجه، أو لا وجه الى تقرير ذلك بأنه لما تعارض أصاله عدم القبض قبل التفرق مع أصاله عدم التفرق قبل القبض تساقطا، فيحكم باستمرار العقد، و فى الحقيقه لا نزاع بينهما فى أصل الصحه، و انما النزاع فى طرو المفسد، و الأصل عدمه، ان لم يرجع الى ما ذكرنا الذى من الواضح الفرق بينه و بين ما لو اختلفا فى أصل قبض الثمن، فان القول قول منكر القبض فيه و ان تفرقا، و استلزم بطلان العقد، لأن الأصل عدمه فلا يجرى أصل الصحه المتوقف

على ثبوت الموضوع ذى الوجهين، و يقع الشك فى صحته، و أصاله صحه العقل لا تقضى بثبوت ما كان مقتضى الأصل عدمه من الشرائط المتأخره، و أصاله عدم طرو المفسد معارضه بأصاله عدم وجود المصحح.

و نحو ذلك تجرى فى قبض الصرف، إذ المسأله من واد واحد، إلا ـ إذا قلنا هنا بأن التفرق قبل القبض مانع، لا أن القبض قبله شرط، بخلافه فى الصرف فإنه يتم حينئذ التمسك باستصحاب أثر العقد ما لم يعلم المانع فتأمل جيدا، و لو اقام كل منهما فى مفروض المتن بينه بنى على تقديم بينه الداخل هو هنا مدعى الصحه أو الخارج لكن الفاضل هنا قدم الأول لقوه جانبه بأصاله عدم طرو المفسد، و لان دعواه مثبته و الأخرى نافيه، و بينه الإثبات مقدمه، و هو كما ترى، خصوصا الأخير ضروره كون البطلان إثباتا أيضا كما هو واضح.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا أنه لو قال البائع قبضته اى الثمن ثم رددته إليك قبل التفرق و أنكر المشترى ذلك بمعنى عدم القبض أصلا فضلا عن الرد كان القول قوله أى المشترى مع يمينه لا البائع كما فى القواعد و الدروس مراعاه لجانب الصحه التى قد عرفت احتياج جريان أصلها إلى وجود الموضوع المدعى عدمه، كما هو مقتضى الأصل، بل هذا عين المسأله السابقه التى قد ذكرناها، و قلنا فيها ان القول قول منكر القبض أصلا، و لو فرض كون الإنكار لما قبل التفرق خاصه، على معنى الاعتراف بقبضه و الرد لكن بعد التفرق، كان عين المذكور فى المتن سابقا، و لا ثمره معتد بها لا عادته، كما انه لا وجه لفرض الإنكار فيه للرد خاصه ضروره ان القول قوله فيه لا البائع، فضلا عن تعليله بمراعاه الصحه و حينئذ فما فى المسالك فى شرح العباره لم يظهر لنا وجهه قال: «المراد انها اتفقا الان على كون الثمن فى ذمه المشترى أو عنده، و لكن اختلفا فى كون ذلك على وجه مفسد للعقد بأن لا يكون تقابضا أصلا أو على وجه مصحح بأن يكون البائع

قبضه ثم رده اليه و المصنف هنا قدم قدم قول البائع ترجيحا لجانب الصحه، مع ان الأصل عدم القبض أيضا، و تحقق صحه العقد سابقا كما مر و يمكن ان يقال حينئذ تعارض الأصلان، فيحصل الشك فى طرو المفسد و الأصل عدمه فيتمسك بأصل الصحه لذلك.

و فيه ما عرفت سابقا من ان ذلك لا يستقيم على فرض كون القبض قبل التفرق شرطا، لأن أصاله صحه العقد لا تقتضى بوجود ما يقتضى الأصل عدمه من الشرائط المتأخره كما عرفت. نعم قد يقال: الاختلاف هنا كالاختلاف فى السابقه فى كون القبض قبل التفرق أو بعده، و لكن أعادها لبيان انه لا فرق فى حكم هذا الاختلاف بين كون الثمن فى يد البائع أو يد المشترى، إذ ظهور اليد فى الملك بعد اعترافه هنا بوقوع القبض لكن بعد التفرق غير مجد.

و حينئذ فلا وجه لما فى المسالك حيث قال بعد الكلام السابق: «و يبقى فى المسأله شى ء، و هو ان دعوى البائع الرد غير مقبوله كنظائرها، إذ لا دخل له فى الصحه، و انما قدم قوله فى أصل القبض مراعاه لجانبها، و حينئذ فمع قبول قوله فى القبض هل له مطالبه المشترى بالثمن، يحتمل عدمه لما قلناه من عدم قبول قوله فى الرد مع اعترافه بحصول القبض، و يحتمل جواز المطالبه لاتفاق المتبايعين على بقاء الثمن عند المشترى الآن، اما على دعوى البائع فظاهر، و اما على دعوى المشترى فلاعترافه بعدم القبض، فإذا قدم قول البائع فى صحه العقد ألزم المشترى بالثمن، و يشكل بأن المشترى حينئذ لا يعترف باستحقاق الثمن فى ذمته لدعواه فساد البيع فلا يبقى الا دعوى البائع، و هى مشتمله على الاعتراف بالقبض و دعوى الرد، و هى غير مقبوله فى الثانى و المسأله موضع اشكال و لعل عدم قبول قوله فى الرد أوجه» و هو من غرائب الكلام خصوصا إذا كان الثمن الذى اتفقا عليه معينا، و يد المالك بعد استنادها فيه الى بقاء الملك السابق الذى قطعه دعوى البائع الذى فرض

تقديمها على دعواه، لا تجدى، و لو كان الاختلاف فى المسلم فيه أنه حنطه مثلا أو شعير تحالفا و فى قدره أو قدر الثمن أو قدر الأجل فالقول قول منكر الزياده، أما لو اختلفا فى الحلول فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر، و لو اختلفا فى اشتراطه فالقول قول منكره بناء على صحته حالاً و فى القواعد و محكى التذكره «الأقرب أن القول قول مدعيه ان كان العقد بلفظ السلم على اشكال، و على قولنا بصحه الحال فالإشكال أقوى»، و قد أشكل على بعض الشارحين فهم هذه العباره، و لعله بناء منهم على عدم صحه السلم بلا أجل و ان الفاضل ممن لا يقول بذلك، و على ما قلناه سابقا من أن النزاع فيه فالمراد واضح، و الله أعلم.

[المسأله الثامنه إذا حل الأجل و تأخر التسليم لعارض ثم طالب بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ و الصبر]

المسأله الثامنه: إذا حل الأجل و كان المسلم فيه منقطعا لآفه و نحوها و تأخر التسليم لعارض لا لتقصير من المسلم ثم طالب به بعد انقطاعه كان بالخيار بين الفسخ و الصبر بلا خلاف أجده فى الأخير، بل و لا إشكال، لأن مورد العقد الذمه، و الأجل انما هو للتسليم، فاحتمال الانفساخ كما عن أحد قولى الشافعى لكونه كالمبيع التالف قبل قبضه، فى غايه الضعف، لمخالفته للأصل و النص و الفتاوى كاحتمال تعين دفع قيمه عوضه، فيلزم بها المسلم لأنها البدل عن كل متعذر، بل هو أضعف من الأول لعدم الخطاب الان بالعين كى ينتقل إلى القيمه لتعذرها، بل التعذر مسقط لأصل خطاب الدفع.

و دعوى أن ذلك من خطاب الوضع لا التكليف واضحه المنع، فلا ريب حينئذ فى أن له الصبر الى وجود المسلم فيه، بل عينه الحلى عليه، و لم يجوز له الفسخ لأصاله اللزوم، الا أن قاعده عدم الوفاء بالشرط كما فى المختلف و الشهره بقسيمها على خلافه، بل ربما أشعر نسبته فى الدروس إلى الندره، و فى غيرها الى الخطاء

بالإجماع علیه، بل فی المختلف «أنه لم یوافقه علیه احد من علمائنا، و لا أظن أحدا افتی به.

و فیه أیضا، ان أقوال الفقهاء متطابقه علی تسلیط المشتری علی الفسخ، و عموم الکتاب، لعدم حصول التراضی إذا تعذر المسلم فیه، و الأحادیث متظافره بذلک».

و حاصل مراده الرد علی الحلی بأن الکتاب و السنه و الإجماع علی ذلک و

فی موثق ابن بکیر(۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أسلف فی شی ء یسلف الناس فیه من الثمار فذهب زمانها و لم یستوف سلفه، قال: فلیأخذ رأس ماله أو لینظره»

بل قیل: انه یدل علیه الاخبار المستفیضه المتقدم أکثرها سابقا فی بیع السلف بعد حلوله فإنها و ان لم تکن ظاهره فی انقطاع المسلم فیه، الا انها إذا جوزت الفسخ مع عدمه، فمعه بطریق اولی، و فیه ان المستفاد منها بعد ملاحظتها جمیعا و إرجاع مطلقها الی مقیدها جواز أخذ رأس المال إذا عجز المسلم إلیه خاصه عن الأداء، و ظاهرها کون ذلک مرادا للبائع مسئولا له، و انه کالاحسان من المشتری إلیه، بل قد عرفت ان المحکی عن الأکثر کون المراد منها المعاوضه عن المسلم الیه بقدر رأس المال لا الفسخ.

و علی کل حال فهی غیر ما نحن فیه من ان له الفسخ قهرا رضی البائع به أولا، و الأولویه المزبوره فرع القول بالأصل، و هو ممنوع، لأصاله اللزوم، إذ المسلم الیه ان وصل عجزه الی حد الإعسار شرعا، فالحکم الإنظار إلی المیسره، بل الفسخ غیر مفید، و الا فالمتجه أن له إلزامه به کغیره من الدیون، و لعله لذلک کله أو بعضه توقف فی الاستناد الی هذه النصوص لإثبات هذا الحکم فی الریاض.

لکن قد یقال: بمنع ظهور بعضها فی کون الفسخ بالتراضی منهما، خصوصا نحو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحدیث- ۱۴.

صحیح الحلبی (۱)عن الصادق علیه السلام «لا بأس بالسلم فی الحیوان إذا سمیت الذی تسلم فیه و وصفته، فان وفیته و الا فأنت أحق بدراهمک»

بل الظاهر أن مدار الفسخ فیها علی قاعده الشرائط، ضروره کون الأداء فی الوقت المخصوص منها، فالمتجه جعل المدار فیه علی ذلک، و قد تقدم لنا سابقا أن المتجه أولا جبره علی أداء الشرط، و مع التعذر یتسلط علی الفسخ و قد مضی تحقیق الحال فیه فلاحظ و تأمل جیدا، فإنه قد یمنع استفاده الشرطیه من ذلک علی الإطلاق، و الا لثبت مثله فی النسیئه علی ان المراد من اشتراط الأجل هو عدم استحقاق المطالبه إلیه فیعود الاستحقاق الذی هو حاصل من مقتضی العقد.

نعم قد یقع علی جهه الشرطیه فیترتب علیه الخیار حینئذ من هذه الجهه، فالعمده فی ثبوت الخیار هنا انما هو من جهه النصوص و الفتاوی، ثم ان الظاهر عدم الفرق فی الخیار المزبور بین کون التأخیر لتفریط من البائع و بین غیره کما إذا لم یطالبه به المشتری حتی انقطع، نعم قد صرح غیر واحد بسقوط الخیار لو کان بتقصیر من المشتری بمعنی انه عرض علیه فامتنع عن القبض، و لعله کذلک لأصاله اللزوم، و کونه السبب فی إدخال الضرر علی نفسه فلا یندرج فی إطلاق الخبر المزبور.

و کیف کان ففی حواشی الشهید عن السید العمید ان له مضافا الی الفسخ و الصبر المطالبه بقیمه المسلم فیه عند الأداء و استحسنه فی المسالک، و محکی المیسیه، بل جزم به فی الروضه کما مال إلیه فی الریاض،

لأنها البدل عند تعذر الحق، فهو کتلف المثلی الذی یتعذر مثله فإنه ینتقل إلی القیمه، و فیه أولا انه خلاف ظاهر النص، بل و الأصحاب کما عن القطیفی الاعتراف به، بل صرح بعدمه الکرکی فی حاشیه الإرشاد فی شرح قوله فیه، و لو أخر التسلیم فللمشتری الفسخ أو الإلزام قال: «ظاهر العباره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحدیث- ۱۷.

مشكل. لأن تأخير التسليم اما ان يكون مع وجود المسلم فيه و إمكان تسليمه فليس للمشترى فسخ، بل له إلزامه بالتسليم أو مع انقطاعه و تعذر تسليمه، و حينئذ يتخير بين الفسخ و أخذ الثمن ان كان باقيا أو مثله فى المثلى و القيمه فى غيره، و بين الصبر الى قابل، و ليس له إلزامه بشى ء حينئذ، و لا فرق فى ذلك بين ان يكون تعذر التسليم بتفريط المسلم إليه بأن أخره حتى انقطع أولا، و ليس له فى شى ء من ذلك إلزامه بالقيمه، لكن يجوز المعاوضه عليه بالتراضى (الى ان قال) و من حملها على ان المراد إذا أخر البائع التسليم حتى انقطع المسلم فيه بتفريطه، يتخير المشترى بين الفسخ و الإلزام بقيمه يومئذ».

فقد أغرب لبعد الحمل عن العباره، و فساد الحكم فى نفسه، إذ ليس له إلزامه بالقيمه فى المذكور إلا بالتراضى كما قدمناه.

و كيف كان فالعباره مشكله و الحكم أشكل، و هو صريح فيما ذكرنا، و ان كان لا يخلو من نظر إذا كان التأخير بتفريط من البائع كما انه لا يخلو من نظر فى أصل اشكال العباره، إذ يمكن حملها على اراده الصبر من الإلزام فيها، بل هو متعين بملاحظه فتواه فى باقى كتبه.

نعم ما ذكره من عدم الإلزام بالقيمه جيد مع عدم التقصير من البائع، إذا كان عدم الأداء لانقطاع المسلم فيه بآفه سماويه و نحوها، إذ لا خطاب بالأداء أصلا كى ينتقل إلى القيمه، فأصل وجود المسلم فيه مقدمه لوجوب أدائه فيسقط بعدمها حينئذ و لا دليل على الانتقال إلى القيمه فالأصل براءه ذمه المسلم اليه منها، كما ان الأصل براءه ذمه المسلم من وجوب قبولها عليه لو بذلت له، بل قيل ان صحيحى محمد بن قيس (۱)المتقدمين سابقا فى بيع المسلم اليه بعد حلوله ظاهر ان أو صريحان فى عدم الإلزام بالقيمه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحديث- ۹- ۱۵.

بل قـد ينقـدح من ذلك محمل آخر للنصوص السابقه التى ادعى دلالتها على عدم جواز إلزام المسـلم إليه بأزيد من الثمن، على ان يكون المراد منها عدم الإلزام بالقيمه عوض المسلم فيه فلاحظ و تأمل.

و مما يزيد ذلك كله تأييدا ما ذكره غير واحد من الأصـحاب بل لا خلاف أجده فيه بينهم، من ان فى حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم اليه قبل وجوده و قبل الأجل، نظرا إلى أنه دين فيشمله عموم ما دل على حلول ما

على الميت من الدين بالموت، و دعوى ان للمسلم الإلزام بالقيمه فيه مع عدم التقصير فيه بوجه من الوجوه كما ترى.

نعم له المعاوضه عليه بأزيـد من ثمنه و انقص و مساوى كما عرفته سابقا، و هو غير ما نحن فيه من الإلزام بالقيمه، بل قد يقال: ان ذلك لا يجتمع مع خيار الفسخ و الصبر، ضروره وجوب القبول على المشترى لو بذلها له فليس له الفسخ و لا الصبر، و قد عرفت أن مبنى الإلزام بالقيمه أنها عوض مال له قـد تعذر، ففى الحقيقه قد رجع دينه الان إلى القيمه، فمع بذله له يتعين القبول كالمثلى إذا تعذر مثله و هو كما ترى.

و ليس هذا الخيار فوريا للأصل و إطلاق النص، بل صـرح ثانى الشـهيدين بعدم سقوطه لو صرح بالإمهال، و ان كان لا يخلو من اشكال، و لذا توقف فيه فى التذكره و الدروس و التنقيح، فاحتمل فى الأول بعد أن جعل عنوان المسأله أنه لو أجاز ثم بدا له فى الفسـخ وجوب الصبر و أنه كإجازه زوجه العنين، و احتمل أن له الفسخ، و لا يكون ذلك إسـقاط حق، فكان كزوجه المولى إذا رضـيت بالمقام ثم ندمت، و نحوه ما فى الدروس قال و لو صـرح بالإمهال ففى بطلان خياره نظر من تجدد الحق حالا فحالا فهو كخيـار المولى منهـا و لأـنه كتـأخير الـدين المؤجـل، و من أن الإمهال أحـد شـقى التخيير و قـد أثره و أولى بالإبطال ما إذا قال: أبطلت خيارى.

قلت: لا إشكال فى السقوط مع اراده اختيار الصبر خاصه من الإمهال، ضروره

كونه حينئذ كالإسقاط، أما إذا أمهل لا بهذا العنوان بل لان له عدم الفسخ، لم يكن ذلك إسقاطا و الشك كاف فى بقاء الخيار مع الإطلاق و الأمر سهل. و لو علم الانقطاع قبل الأجل ففى الخيار وجهان، لم يرجح أحدهما فى القواعد و التذكره و الدروس و غيرها، و لكن الاولى العدم، وفاقا للروضه و المسالك و غيرهما، اقتصارا فيما خالف الأصل الدال على اللزوم على المتيقن، و التفاتا الى عدم وجود المقتضى الان، إذ لم يستحق عليه شيئا، و منه يعلم وجه ترجيح تأخير الحنث فى الحالف على أكل الطعام غدا فأتلفه قبل الغد، لتصريح غير واحد بابتناء ما هنا عليه فلاحظ و تدبر.

و لو كان المسلم فيه يوجد فى بلد آخر ففى الدروس «لم يجب نقله مع المشقه و لا- مع عدمها إذا كان قد عين البلد، و الا وجب» لكن فى التذكره «يحصل الانقطاع بأن لا يوجد المسلم فيه أصلا بأن يكون ذلك الشى ء ينشأ من تلك البلده، و قد أصابته جائحه مستأصله، و هو انقطاع حقيقى، و فى معناه ما لو كان يوجد فى غير تلك البلده، و لكن إذا نقل إليها فسد، و إذا لم يوجد الا عند قوم مخصوصين و امتنعوا من بيعه فهو انقطاع، و لو كانوا يبيعونه بثمن غال فليس انقطاعا، و وجب تحصيله ما لم يتضرر المشترى به كثيرا، و ان أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلده إليها وجب نقله مع عدم التضرر الكثير»، و هو جيد.

و كيف كان ف لو قبض المسلم البعض من المسلم فيه و تعذر الباقى كان له الخيار فى الباقى بين الفسخ فيه- و استرداد ما يخصه من الثمن، لوجود المقتضى فيه إذ احتمال كونه لتعذر الكل خاصه مقطوع بعدمه نصا و فتوى، و بين الصبر الى وجوده كتعذر الكل، و له أيضا الفسخ فى الجميع لتبعض الصفقه عليه بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك، لكن قد يشكل الأول بما ذكروه فى خيار العيب من أنه ليس له تبعيض الصفقه اختيارا، فلا يجوز له الفسخ فى أحد المبيعين صفقه إذا ظهر فيه عيب، بل ليس لأحد المتبايعين الفسخ لو كان المبيع معيبا دون

الأخر و مثله آت فی المقام.

اللهم الا- أن یمنع علیهم کون المدرک فی المنع هناک التبعیض بل الإجماع أو غیره، کما سمعته سابقا فلا حظ فتأمل، بل قد یشکل أیضا بأنه لا تبعض صفقه.

و انما هو تأخیر أداء لبعض المسلم فیه، و ما

فی صحیح عبد الله بن سنان (۱)«عن أحدهما علیهما السلام أ رأیت إن أوفانی بعضا (أی من المسلم فیه) و عجز عن بعض أ یجوز أن آخذ بالباقی رأس مالی؟ قال: نعم ما أحسن ذلک»

و غیره کصحیح الحلبی (۲)و نحوه ظاهر فی نفی البأس عن أخذ ذلک بالتراضی منهما، مع أنها لا ظهور فیها فی انقطاع المسلم فیه، و عدم

إمکان تحصیله، و یدفع بأن تأخیر الأداء و لو فی البعض کاف فی ثبوت الخیار فی الجمیع للتضرر، خصوصا إذا قلنا بأن منشأ جواز الفسخ عدم حصول الشرط، و علی کل حال فقد صرح بعضهم بأن للبائع الخیار إذا اختار المشتری الفسخ فی البعض، لتبعض الصفقه علیه أیضا، و قواه جماعه و هو کذلک إذا لم یکن ذلک بتفریط منه و تقصیر، و الله أعلم.

[المسأله التاسعه إذا دفع الی صاحب الدین عروضا علی أنها قضاء و لم یساعره احتسبت بقیمتها یوم القبض]

المسأله التاسعه لا خلاف فی أنه إذا دفع الی صاحب الدین عروضا علی أنها قضاء عن الدین و لم یساعره احتسبت بقیمتها یوم القبض بل فی المسالک الاتفاق علیه، و

قال محمد بن الحسن الصفار(۳)«کتبت إلیه فی رجل علیه مال فلما حل علیه المال أعطاه به طعاما أو قطنا أو زعفرانا و لم یقاطعه علی السعر [الثانی](۴)بعد شهرین أو ثلاثه ارتفع الطعام و الزعفران و القطن أو نقص، بأی السعرین یحسبه؟ هل لصاحب الدین سعر یومه الذی أعطاه و حل ماله علیه أو السعر الثانی بعد شهرین أو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب السلف الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب أحکام العقود- الحدیث ۵ مع اختلاف یسیر.

۴- ۴ هکذا کان فی النسخ المصححه لکن فی الوسائل و التهذیب فلما کان و هو الصحیح.

ثلاثه يوم حاسبه فوقع عليه السلام ليس له الا على حسب سعر وقت ما دفع اليه الطعام إن شاء الله».

و لا ينافيه

قوله أيضا «و كتبت اليه الرجل استأجر أجيرا ليعمل له بناء أو غيره من الاعمال و جعل يعطيه طعاما أو قطنا و غيرهما ثم تغير الطعام و القطن عن سعره الذى كان أعطاه، إلى نقصان أو زياده أ يحسب له سعره يوم أعطاه أو سعر يوم حاسبه؟ فوقع عليه السلام يحسب له سعر يوم شارطه فيه»

بعد اراده يوم القبض من يوم الشرط بناء على أنه يوم الشرط أو لم يتغير السعر الا بعد يوم القبض فلا يقدح الفصل بينه و بين يوم الشرط، خصوصا بعد أن رواه فى الكافى كذلك.

و بعد وضوح عدم الفرق بينه و بين الدين الذى قد حل فى كون المدفوع ملكا للقابض الذى هو صاحب الدين، و حيث كان من غير جنس الدين لو فرض كونه نقدا وجب ملاحظه قيمته فى ذلك الوقت حتى يكون وفاء، بل يكون كدفع المجانس. نعم قد يقال: مقتضى ذلك لو كان الدين عرضا و قد دفع عرضا آخر وجب ملاحظه ما يساوى العرض المدفوع من العرض الذى هو دين فى يوم القبض فيبرء منه بذلك المقدار، لا أنه يلاحظ القيمه فيهما، لكن فى المسالك لو كان الدين من غير النقد الغالب أحتسب أيضا به يوم دفع العوض قضاء، و لعل ذلك لعدم معرفه القيمه بغير النقد الذى هو المرجع فى أمثال ذلك، و تنصرف اليه الاروش و الجنايات و غيرها، و لو كان الدين قسما خاصا من النقد فدفع عنه آخر احتسب بما يساويه منه فى يوم القبض، كما استفاضت به النصوص، منها

ما رواه إبراهيم بن ميمون (۱)عن ابى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير و لا يصارفه فتصير

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الصرف الحديث- ۵ لكن عن يوسف بن أيوب شريك إبراهيم بن ميمون.

الدنانير بزياده أو نقصان قال: له سعر يوم أعطاه»

و

فى بعضها(۱)تعليل ذلک «بأنه قد حبس منفعتها عليه»

و الظاهر أن ذلک کنايه عن انتقالها الى القابض، و زوال ملک الدافع عنها، و به يحصل حبس منفعتها عنه، و إذا انتقلت الى ملک القابض سقط بإزائها ما يساويها من ذلک الدين بصرف ذلک اليوم، لأنها لم تنتقل اليه مجانا و انما انتقلت عوضا، فلا بد من سقوط عوضها ذلک اليوم بصرف ذلک اليوم الذى هو يوم المعاوضه، و حينئذ فهو إشاره الى ما قدمناه هذا و تقدم، و يأتى ما له نفع فى المقام إذا المسأله غير خاصه بالسلم و ليست هى فى الحقيقه من البيع، و الا لوجب معرفه المقدار و غيره من أحكام البيع، بل هى معاوضه مستقله

[المسأله العاشره و يجوز الدين بعد حلوله على الذى هو عليه]

كما أن المسأله العاشره كذلک لا مدخليه لها فى السلم إذ قد عرفت الحال فى بيعه قبل الحلول، و بعده أما غيره ف يجوز الدين بعد حلوله على الذى هو عليه بلا خلاف فيه بيننا و لا اشكال بل و على غيره وفاقا للمشهور، شهره عظيمه كادت تكون إجماعا، بل لعلها كذلک بعد انحصار الخلاف فى الحلى، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع عدا ما يحكى عنه من الإجماع المتبين خطاؤه فى تحصيله، بعدم موافقه أحد ممن تقدمه أو تأخر عنه له فى ذلک، بل ليس فيما حضرنى من نسخه السرائر ذلک، و ان أطال فى ترجيح ما ذهب اليه من المنع، بأنه ليس بيع عين مشاهده، و لا مشخصه موصوفه و لا كليه موصوفه إذا لا خير سلم و ليس هو منه قطعا، كما أنه ليس من الأولين كذلک لعدم تعين الدين و تشخصه الا بالقبض، بل أورد على نفسه أن الإجماع منعقد بغير خلاف على صحه بيع الدين و إمضائه و عموم أخبارهم على ذلک، و أجاب بأنا عاملون بالإجماع و متبعون لظواهر القرآن فى بيع الدين على من هو عليه دون غيره، و ظاهره وجود معقد إجماع مطلق.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الصرف الحديث- ۲.

و على كـل حـال فلاـ ريب فى ضـعف قوله، إذ لا مانع من كونه بيع عين موصوفه، و ان لم يكن سـلما و لا مشـخصه لعموم أدله البيع، بل مقتضاها جواز البيع قبل الأجل كما هو صريح التذكره و الروضه، و ظاهر المختلف و اللمعه و جماعه، و لا معارض لها، إذ الإجماع المدعى انما هو فى السـلم خاصه، و دعوى عدم الفرق واضحه المنع، كدعوى عدم الملكيه للبائع قبل الأجل فى نحو القرض المؤجل، و مهر الزوجه و نحوهما من أفراد الـدين، و كـذا عـدم القدره على التسـليم بعد ما عرفت من عدم اعتبار القدره فعلا فى صحه البيع، فما فى الدروس و ظاهر الإرشاد و محتمل النافع أو ظاهره من المنع ضعيف، هذا كله فى أصل جواز البيع.

و أما ما يباع به فان باعه بما هو حاضـر مشـخص صح بلا خلاف و لا اشـكال و كذا ان باعه بمضـمون فى العقد حال صح أيضـا لعـدم صـدق الـدين عليه، ضـروره عـدم كون المراد منه التأخير بل غايه المراد منه الكلى الصادق على أفراد متعدده، أما إذا كان مضمونا قبل العقد بان يكون مؤجلا ثم يحل الأجل فالمتجه فيه المنع لانه بيع دين بدين كالحال بالمؤجل السابق، و اعتبار الأجل فى الـدين على تقـدير تسـليمه كما نص عليه بعض أهل اللغه بل نسب الى ظاهر بعض الأصـحاب انما يراد منه اعتباره حين ثبوته بمعنى ان الـدين ما يضـرب فيه الأجل أول مره، و لا ينافيه خلوه عنه فى ثانى الحال، و لذا أطلق الأصـحاب على الدين بعد حلول أجله لفظه إطلاقا حقيقيا و هو المتداول عرفا و لا يصح السلب عنه فيه حينئذ.

لكن فى الرياض فى شرح عباره النافع التى هى كعباره المتن هنا، إطلاق العباره يقتضى عدم الفرق بين ما لو كان مؤجلا ثم حل الأجـل أو كـان غير مؤجـل فى الأصـل، كمـا إذا بيع بـدينار كلى غير مسـتقر فى ذمته قبل البيع، و لا اشـكال فيه لما مر، مع عـدم صـدق الـدين عليه حقيقه كمـا يأتى، و يشـكل فى الأول ان لم يكن إجماع كما هو ظاهر الروضه حيث جعل الجواز أقوى و هو مشعر بل ظاهر فى

وقوع الخلاف، و وجهه قوه احتمال صدق الدين عليه، بناء على تضمنه الأجل، و لو فى الزمان السابق على العقد، فيلزم حينئذ بيع الـدين بالدين، و وجه الجواز اما الشك فى الصدق، أو لزوم الاقتصار فى المنع فى بيع الدين بالدين المخالف للأصل على محل الوفـاق، و ليس منه محل الفرض، لوقوع الخلاف، و الخبر المانع عنه و ان كان عاما الا انه قاصـر سـندا يشـكل الاعتماد عليه فيما عدا الإجماع.

و ربما يوجه باختصاص الـدين بالمؤجل كما فى كلام الأصـحاب و جماعه من أهل اللغه، و محل الفرض بعد انقضاء أجله ليس كـذلك الى آخره، و هـو من غرائب الكلام، ضـروره ظهـوره فى أن الجـواز بالمضـمون السـابق مظنه الإجمـاع، و فيه أن المراد بالمضـمون فى كلام الأصـحاب مـا قابل العين، أى الكلى فى العقـد فلا يشـمل المضـمون سابقا، بل ينبغى القطع بـذلك، إذ لا خلاف بينهم فى أن بيع المضـمون المؤجل سابقا بمضـمون سابقا كـذلك من بيع الـدين بالدين، سواء كانا حالين أو مؤجلين أو أحدهما حالا و الأخر مؤجلا، إنما البحث فيما صار دينا بالعقد، و هو الذى أشار إليه المصنف بقوله.

و ان اشترط تأجيله أى الثمن فى بيع الـدين بعد حلوله قيل و القائل المشـهور يبطل لانه بيع دين بدين فيشـمله النص و الإجماع و قيـل يكره و هو الأشـبه عنـد المصـنف و جماعه، للأصل و العمومات التى يجب الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن، و هو ما كان عوضا حال كونه دينا، كما هو مقتضـى تعلق الباء به، و المضـمون عنـد العقد ليس بدين، و انما يصـير دينا بعده، فلم يتحقق بيع الدين به و الا لزم مثله فى بيعه بالحال الذى لم يعرف من أحد المنع فيه، و الفرق غير واضح. و دعوى إطلاق اسم الدين عليه ان أرادوا به قبل العقـد فممنوع، و بعـده فمشترک بين الحال و المؤجل، فيلزم أن لا يصـح بحال كما عرفت، و إطلاق بيع الـدين بالدين عليه عرفا مجاز، على معنى أن الثمن بقى فى ذمته دينا بعد

البيع، و لو اعتبر مثل هذا الإطلاق جاء مثله فى الحال إذا لم يقبضه، خصوصا إذا أمهله به من غير تأجيل.

و فيه منع كون المراد من النص ذلك لا غير، و تعلق الباء أعم، إذ يمكن كون المراد المنع من بيع الـدين بالدين المقابل للعين و الحال اى لا تبع الـدين بهـذا الصـنف من البيع فيكون التعريف إشاره الى هـذا القسم من البيع المعهود فى الـذهن و حينئذ فأظهر الفردين المؤجـل فى العقـد لا العكس و قـد تقـدم فى تأجيل ثمن السـلف ما يستفاد منه المفروغيه من تناول بيع الـدين بالـدين للمؤجل ثمنه بالعقد، و أنه من الواضحات فلا ريب حينئذ فى أن الأشبه خلاف ما ذكره المصنف.

و قـد تحصـل من مجموع مـا ذكرنـا المنع من بيـع الـدين السـابق بالـدين السـابق فى الصـور الأربعه أى الحـالين و المؤجلين و المختلفين، و اما إذا كانا مضـمونين بالعقـد فالمؤجلان منهما لا ريب فى بطلانه، بل يمكن انـدراجه فى بيع الكالى بالكالى و قد عرفت الحال فيه فى تأجيل ثمن السـلف إذ هو هو، و الحالان منهما لا إشكال فى صحتهما للعمومات كالمختلفين، و أما إذا كان أحدهما مضمونا بالعقد و الأخر قبله فان كان المضمون سابقا سلما لم يجز بيعه قبل حلوله مطلقا و جاز بعده إذا كان الثمن حالا، و ان لم يكن سـلما جاز قبل حلوله بعين حاضـره، و بكلى مضـمون بالعقد حال لا مؤجل على الأقوى، و لو جعل المضمون سابقا ثمنـا لعين أو كلى حـال جاز قطعا إذا كان حالا، من غير فرق بين السـلم و غيره و ان كان مؤجلا فوجهان، إذا كان سـلما أقواهما العدم، بناء على عدم الفرق فى المنع بين جعله ثمنا أو مثمنا قبل حلول اجله و ان لم يكن سلما فالأقوى الجواز بل ينبغى القطع به إذ هو كالعكس فتأمل جيدا.

و قـد تلخص ممـا ذكرنـا جواز بيع الحـال بالحال مع عـدم أجل لهما فى السابق فضـلا عن الحالين بالعقـد، و عن الحال كـذلك بالمؤجـل السابق أو بالعقـد، لما عرفته من عـدم اراده ما يشـمل الكلى المضـمون حالا، و قيمه المغصوب و نحوها من بيع الـدين بالدين

و مـدار البحث على اعتبار الأجل فى صـدق اسم الدين هنا و صدقه عليه بعد حلوله و على عدم اعتبار سـبق الدينيه فى صدق بيع الدين بالدين و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشر إذا أسلف فى شى ء و شرط مع السلف شيئا معلوما صح]

المسأله الحاديه عشـر لا خلاف فى انه إذا أسلف فى شى ء و شرط مع السلف شيئا معلوما صح من غير فرق بين الرهن و الضمين و غيرهما و ان كانا معقـد نفى الخلاف المحكى عن التـذكره، إذا المدرك فى الجميع و هو عموم الوفاء بالعقود، و المؤمنون، و غيرهما مما دل على صحه الشرط متحد، و

نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم (۱)«عن السلف و البيع، و عن البيعين»

فى الخبر القاصـر سـندا المجمـل دلالـه غير معـارض، خصوصا بعـد ما قيل من ان المراد منه النهى عن بيع من من طعام مثلا حالا بكذا، و سـلفا بكذا، و قد تقدم الكلام فيه سابقا، فعموم أدله الشـرائط حينئذ بحالها لا معارض لها. نعم يعتبر فى الشرط المعلوميه و نحوهـا كمـا فى غير السـلم من أنواع البيع، و ليس الشـرط فى عقـد السـلم سـلما بـل ليس هو فى عقـد البيع بيعا بل هو مملك مستقل فى عقد البيع.

و حينئذ ف لو أسـلف فى غنم و شـرط أصواف نعجات معينه اتجه ما نسبه المصنف الى القيل بقوله قيل: يصح و القائل الشيخ و الفاضـل و الشـهيدين و المقـداد و الكركى و غيرهم و قيل كما عن السـرائر لا يصـح و هو الأشـبه عنـد المصـنف و الموجود فى السـرائر ان جعـل فى جمله السـلف أصواف النعجـات المعينه فلا يجوز السـلف فى المعين، و بيع الصوف على ظهر الغنم أيضا لا يجوز سواء كان سلفا أو بيوع أعيان و هو غير ما نحن فيه، إذ لا ريب فى

البطلان إذا جعله من جمله السـلف لمعلوميه اشتراط كونه مضـمونا فى الذمه، إنما الكلام فى ملكها بالشـرط فى عقد السلم و هو ليس سلما بل و لا بيعا غير سلم، فلو قلنا بعدم جواز بيعها لأنها من الموزون- مع أن الأصح

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۲.

الجواز مع المشاهده لعدم موزونيتها بهذا الحال كالثمره على النخل- أمكن القول بالجواز من حيث الشرط لعموم أدلته، اللهم الا ان يدعى رجوع الجهاله الى أحد العوضين، و فيه منع واضح.

و على كل حال فما ذكره من المنع فيما فرضه ليس مما نحن فيه: و بذلك ظهر انفراد المصنف فى مختاره نعم حكى عن تلميذه الابى أنه مال اليه أو قال به، و لا ريب فى ضعفه ان أريد البطلان من حيث الاشتراط فى عقد السلم، أما إذا أريد به بطلان هذا الشرط فى نفسه من غير فرق بين السلم و غيره فله وجه، و ان كان الأوجه خلافه خصوصا بناء على التحقيق من جواز البيع على الظهر مع المشاهده.

كما أنه ظهر بما ذكرنا ما فى رد المختلف على ابن إدريس فإنه بعد أن حكى كلامه قال: يجوز إذا كان الصوف مشاهدا أن يكون شرطا فى السلم لا جزأ من البيع ثم قال:

و لو فرضنا جزأ لم يكن محالا لانه يجوز السلف حالا فيمكن أن يكون بعضه كذلك و نحوه فى المسالك و غيرها إذ فيه أنه ان جاز كونه حالا- فلا بد ان يكون كليا فى الذمه و لا يجوز ان يكون مشخصا و احتمال ارادته بالجواز حالا انه يباع بلفظ السلم خلاف الظاهر، هذا. و عن المهذب البارع ان موضوع المسأله أن يكون شرط الأصواف أن تجز حالا، فلو عينها و شرط تأجيل الجز إلى أمد السلف أو شرط أصواف نعجات فى الذمه غير مشاهده لم يصح قولا- واحدا، و كأنه نظر الى ظاهر ما وقع فيه الخلاف، و الا فالإجماع ممنوع كما اعترف به فى المسالك و غيرها.

و فى حواشى الشهيد «التحقيق أنه ان كان شرط الصوف الموجود أو ما يتجدد مقيدا بمده معينه صح، و ان لم يكن موجودا حال الشرط لم يصح» بل عن إيضاح النافع انه بعد ان ذكر ما ذكر الشهيد قال: «و ان شرط الصوف مؤجلا ففيه نظر، و لعل الأقرب الصحه، لأن المشروط لا يشترط معرفته و لا حصوله، فإنه قد يشترط حمل الأمه و الشجره فيكون معناه ما تحمل ان حملت».

و فی المسالک بعد أن قوی الصحه مع شرط الجز حالا و الإطلاق قال: «و لو شرط تأجیل الجز إلی أجل السلم فلا یخلو اما أن یشترط دخول المتجدد أولا، و فی الأول یحتمل الصحه، لأنه شرط مضبوط، و قد صرح جماعه من الأصحاب بجواز مثل ذلک فی الصوف و اللبن استقلالا، و نحن فیما سلف شرطنا فیه کون المجهول تابعا، فحینئذ لا إشکال أیضا مع الشرط، و فی الثانی یبنی علی أمرین، أحدهما ان شرط تأجیل الثمن إذا کان عینا هل هو جائز أم لا ـ و الحق جوازه. بل ادعی علیه فی التذکره الإجماع، و مثله الثمن المعین، و الثانی ان اختلاط مال البائع بالمبیع هل هو مانع من صحه البیع أم لا و لا شبهه فی عدم منعه، و قد تقدم نظیره فیمن اشتری لقطه أو جزه و آخر قطعها فامتزجت بمال البائع، و حینئذ فطریق التخلص الصلح قلت: و بهذا یظهر لک ما فی إجماع المهذب، بل لا یبعد جواز ما ذکره من الصوره الأخیره إذا فرض الضبط علی وجه ترتفع به الجهاله القادحه فی الشرط، و الله اعلم.

و لو شرط المسلم الیه ان یکون الثوب من غزل امرأه معینه، أو الغله من قراح بعینه لم یضمن المسلم الیه المسلم فیه ای لم یصح السلم، فلا ـ ضمان، إذ هو لازم لها، و علله فی المسالک بإمکان ان لا یتفق ذلک للمرأه بأن تمرض أو تموت أو تترک العمل إمکانا مساویا لنقیضه، و کذا القراح یمکن ان یخیس، و لا ـ یظهر منه ما یطابق الوصف و هو جید، و أجود منه قوله و الضابط اعتبار ما لا یتخلف عنه المسلم فیه عاده، کالبلد الکبیر بالنسبه إلی الأرض و الأهل، بل ظاهره قبل ذلک عند البحث عن السلم فی الجلود انه لا إشکال فی جوازه مع اشتراط الغله من قریه معینه لا یخیس عاده، و هو کذلک، و علیه یحمل

الصحیح (۱)«عن رجل اشتری طعام قریه بعینها فقال لا بأس ان خرج فهو له، و ان لم یخرج کان دینا علیه»

و فی الخبر الآخر(۲)«الرجل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب السلف الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب السلف الحدیث- ۳.

يشترى طعام قربه بعينها و ان لم يسم له قريه بعينها أعطاه من حيث شاء».

لكن فى تقييده ذلك بالنسبه إلى الأرض و الأهل لا يخلو من مناقشه، الا ان يكون المراد منه ارتفاع عزه الوجود بذلك، لكثره الأهل و الأرض فهو ليس كامرأه معينه، و لا- كقراح معين، كما أن تعليل أصل الحكم فى الرياض لا- يخلو منها أيضا قال: «المسأله الثانيه لا يجوز استناد السلف الى معين، لانه ابتياع مضمون كلى فى الذمه غير مشخص، الا بقبض المشترى، و يتفرع عليه أنه لو شرط ثوبا من غزل امرأه بعينه، أو غله من قراح، أى مزرعه معينه لم يضمن و لا يصح، لان تشخيص المسلم فيه بأحد الأمور المزبوره خروج عن حقيقه السلف، كما مرت إليه الإشاره.

نعم لو استند الى معين قابل للإشاعه و لا يقضى التعيين فيه الى عسر التسليم عاده جاز، كما لو أسلف على ماءه رطل من تمر البصره، فإن ذلك يجرى مجرى الصفات المشترطه فى السلف كالحداره و الصرابه، و عليه يحمل الخبران» و فيه أنه لا دلاله فى الشرط المزبور على التشخيص المذكور، فالمدار فى المنع فيه و نحوه على عزه الوجود و غلبته التى قد عرفت البحث فيها، و انها ترجع إلى القدره على التسليم أولا فلاحظ و تأمل و الله اعلم.

[المقصد الرابع فى الإقاله]

اشاره

المقصد الرابع من المقاصد التى استدعاها النظر فى السلف فى الإقاله و ان كانت هى غير مختصه، فيه بل و لا مختصه بالبيع و لذا كان الاولى جعلها بمنزله الخاتمه لكتاب البيع كما فعله بعضهم الا انه لما منع بعض العامه وقوعها فى بعض السلف ناسب جعل البحث فيها مقصدا من مقاصده كمناسبه جعل القرض و دين المملوك كذلك لاشتراك الجميع فى تحقق صدق الدين و الأمر سهل.

و على كل حال فلا ريب فى مشروعيتها بل رجحانها للنادم المسلم

قال الصادق عليه السلام

فی خبر ابن حمزه(۱)«أیما عبد أقال مسلما فی بیع أقال الله عثرته یوم القیمه»

و أرسله

فی الفقیه، لکن قال: «أیما مسلم أقال مسلما ندامه فی البیع»

و

قال أیضا فی خبر سماعه بن مهران (۲)«أربعه ینظر الله عز و جل إلیهم یوم القیمه أحدهم من أقال نادما»

و

فی مرسل الجعفری (۳)«ان رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم لم یأذن لحکم بن حزام فی التجاره حتی ضمن له اقاله النادم»

الحدیث الی غیر ذلک من النصوص.

و کیف کان ف هی عندنا فسخ فی حق المتعاقدین أو ورثتهما، بناء علی قیامهم مقامهما فی ذلک، کما صرح به فی التذکره و غیرهما کالشفیع، لا بیع سواء کان المبیع عقارا أو غیره، و سواء وقعت قبل القبض أو بعده، و سواء کانت بلفظ الإقاله أو الفسخ، بل لو وقعت بلفظ البیع بناء علی صحتها به إذا کان المقصود به محض الفسخ، کما فی التذکره، و ظاهر جامع المقاصد، و ان کان لا یخلو من اشکال، خلافا لمخالفینا فبین مطلق أنها بیع، و مقید لها فی حق الشفیع، و آخر بالعقار، و رابع بما بعد القبض، و خامس إذا کانت بلفظ الإقاله، و لا ریب فی ضعف الجمیع، لعدم قصد معنی البیع، بل المقصود خلافه، و رد الملک لیس تملیکا جدیدا فلا یجری علیها شی ء من أحکام البیع، بل و لا غیره من المعاوضات الموجبه ملکا جدیدا لما عرفت من انها تفید رد الملک بفسخ العقد الذی قد اقتضی خلافه.

و من هنا لا تجوز الإقاله بزیاده عن الثمن لعدم ما یصلح مملکا للزیاده المفروضه و لا

نقصان لعدم ما یصلح مملکا لما بقی من الثمن مثلا بعد فسخ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب آداب التجاره الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب آداب التجاره الحدیث- ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب آداب التجاره الحدیث- ۱.

العقد فيما قابله تماما، بلا خلاف أجده فيهما الا ما حكاه الشهيد فى حواشيه عن الإسكافى قال: و لو اصطلح المتبايعان بزياده أو نقيصه صح عند ابن الجنيد، و الأصحاب على خلافه، لأنها فسخ لا بيع، قلت: مضافا الى

صحيح الحلبى (۱)عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعه قال: لا يصلح له ان يأخذه بوضيعه فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد».

بناء على ان مبنى ذلک فساد الإقاله و بقاء الثوب على ملک المشترى، بل الظاهر عدم الصحه حتى لو ذكرت الزياده و النقيصه بصوره الشرط الذى هو مملک بنفسه و ان كان بواسطه العقد، لبطلان هذا الشرط باعتبار مخالفته لمقتضى الإقاله التى هى بمعنى الفسخ، و رد كل عوض الى مالكه.

و حينئذ تبطل الإقاله بذلک لفوات الشرط فى صحه عقد الإقاله كالمعلوميه فى المبيع أو فوات الشرط فى ضمن عقدها الذى علق الرضاء بالفسخ عليه، كما فى كل شرط فاسد فى العقد، بناء على فساد العقد بفساده بل ربما ظهر من

بعضهم عدم بناء ذلک على الخلاف فى اقتضاء فساد الشرط فساد العقد و عدمه اما لخصوص النص المزبور المتمم بعدم القول بالفصل، بناء على أن المراد منه ما يشمل المعاوضه و الشرطيه، و ان ذكر لفظ الباء بل لعله الظاهر منه عند التأمل، أو لأن بطلان الشرط هنا باعتبار منافاته لمقتضى العقد كما عرفت، و لا خلاف فى اقتضائه فساد العقد لعوده عليه بالنقض، انما الخلاف فى غيره أو لغير ذلک.

لكن لا يخفى عليک ما فى ذلک كله من النظر ان لم يقم إجماع عليه، كما لعله الظاهر من بعضهم حتى أنه صرح بأنه لا فرق فى المنع عن الزياده و النقيصه بين الحكميه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۱.

و العينيه، فلو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عوض المكسر و نحوه لم يصح و لكنك خبير بأن ذلك ان تم فهو فى خصوص زياده الثمن و نقصانه عينا أو حكما كانظار الثمن و إعطاء الصحيح عوض المكسر كما صرح به فى التذكره و غيرها، أما إذا لم يرجع الى شى ء من ذلك بحيث يكون شرطا خارجا عن الثمن، فقد يقال: ان مقتضى عموم

«المؤمنون»

و غيره صحته، و ليس هذا تمليكا بالإقاله بل هو بالشرط الذى ألزمه عقد الإقاله، و دعوى رجوع كل شرط إلى زياده الثمن و نقصانه واضحه المنع، اللهم الا أن يقال: ان فائده الشرط التسلط على فسخ العقد الذى قد اشترط فيه ان لم يوف بالشرط، و لذا قيل ان الشرائط فى العقود اللازمه انما هى للزومها، بل قيل ان فائدتها قلب اللازم جائزا من أول الأمر و ان كان التحقيق خلافه.

و على كل حال فهو غير صحيح فى الإقاله لعدم معهوديه تزلزل الفسخ، فلا يصح فسخ الإقاله حينئذ بعدم الوفاء بالشرط، و يعود العقد على ما كان، فلا يصح أصل الشرط، و فيه منع انحصار فائده الشرط فى ذلك، إذ لا مانع من كونه حينئذ كالشرط فى العتق و الوقف و نحوهما مما لا يتسلط المشترط به على الفسخ، و أن المراد به مجرد الإلزام و انسلاخ الشرطيه التى هى بمعنى التعليق منه غير قادح، لكن و مع ذلك كله فالمسأله لا تخلو من اشكال. و ان كان مقتضى ذلك عدم جواز اشتراط الخيار فى الإقاله، بل و لا يتسلط على فسخها بعيب و نحوه لما عرفت، بل مقتضاه أيضا عدم الجواز فى معاطاتها، بناء على صحتها فيها للسيره المستمره، و أنها تفيد فائده عقدها كمعاطاه البيع فى إفاده الملك، لصدق اسمها عليها، لما عرفت من أن الفسخ منى تحقق لزم، لعدم معهوديه تزلزله، فلا يكون فرق حينئذ فى ذلك بين المعاطاه و العقد، بخلافه فى البيع و نحوه، فإن المعاطاه فيه و ان افاده الملك الا انه يصح الرجوع فيه قبل التلف و التصرف، بخلاف العقد.

نعم قد يمنع كون الإقاله من العقود المصطلحه، و لذا لم يصرح الأكثر ان لم يكن

الجميع بكونها عقدا، بل اقتصروا على أنها فسخ، بل أطلق فى الدروس وقوعها بقول تقايلنا و تفاسخنا و مقتضاه و لو مع الاقتران، بل صرح بذلك فى الروضه و لو أنها منها لوجب فيها تقديم الإيجاب على القبول، بل احتمل فى الدروس قيام الالتماس مقام قبولها، فيجرى حينئذ الالتماس عليها من أحدهما فبقول الأخر أقلتك، بل احتمل الاكتفاء بالقبول الفعلى لو قال أحدهما ابتداء من دون سبق التماس أقلتك، و من المعلوم عدم الاجتزاء بنحو ذلك فى العقود اللازمه، فرجع حاصل المسأله الى ان الإقاله كفسخ الخيار، و ان افترقا بتوقفها على تراضيهما به فيها- بخلافه، فكل لفظ دل عليه يكتفى به، و أما الأفعال المقصود اراده الفسخ بها الداله عليه فقد يقال: بالاجتزاء بها، لكون المدار على ما يدل على طيب النفس بالفسخ، كما عساه يشعر به

خبر هذيل بن صدقه الطحان (۱)قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشترى المتاع أو الثوب فينطلق به الى منزله و لم ينفذ شيئا فيبدو له فيرده هل ينبغى ذلك له؟ قال: لا الا أن تطيب نفس صاحبه»

و يحتمل العدم اقتصارا على المتيقن، و كذا الكلام فى المركب من القول و الفعل على اختلاف الاحتمالين قوه و ضعفا فى الإيجاب و القبول.

و على كل حال فذلك على تقدير الفسخ به ليس من المعاطاه التى ذكروها فى عقود المعاوضات، و كان منشأ توهم عقديتها حتى انقدح منه البحث فى جريان المعاطاه فيها وجود صوره العقد فى بعض عباراتها، و هو أقلتك و قبلت و مراعاه الاتصال بينهما، و نحو ذلك من أحكام العقد، لكنك خبير بأعميه ذلك من العقد الذى يذكر فيه حكم المعاطاه فتأمل جيدا و من ذلك ينقدح ان المراد بالبطلان مع اشتراط الزياده و النقصان من حيث كون ذلك شرطا فى صحتها، كالمعلوميه فى المبيع لا من حيث الاشتراط فيها، و انه شرط باطل، بل لعل ذلك اولى مما ذكرناه سابقا فى شرح

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب آداب التجاره الحديث- ۳.

العباره، و الله أعلم.

و كيف كان ف تصح الإقاله فى جميع ما وقع عليه العقد و فى بعضه سلما كان العقد أو غيره لإطلاق أدله الإقاله معتضدا بعدم الخلاف فيه عدا ما حكاه الشهيد فى حواشيه عن ابن المتوج إذا اتحد البائع و المشترى و العقد فإن الإقاله لا تصح إلا فى الكل دون البعض رادا عليه بان المنقول خلافه، بل ضعفه واضح و دعوى عدم معقوليه الفسخ فى البعض دون البعض غير مسموعه كدعوى ان الإقاله فى بعض السلم مطلقا أو إذا لم يكن يسيرا مستلزم ما

«نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عنه من البيع و السلف فى بيع واحد»(۱)

لأنه إذا أقاله فى بعض و رد بعض رأس المال يصير فى معنى القرض لانه رد مثله و يصير الباقى بيعا.

و فيه مع أن السلف حينئذ بمعنى القرض لا- المصطلح أنه منقوض بأرش العيب و باليسير بناء على جوازها فيه، و رد المثل لا يوجب كونه قرضا. و إلا- لزم كون البيع إذا قيل و لم يكن العوض موجودا كذلك، على أنه قد يمنع الاجتماع، لأنه انما يكون إذا شرط فى البيع ذلك، و اما لو أسلفه شيئا و باعه شيئا آخر و لم يشترط أحدهما فى الأخر جاز عندهم، و يمكن اراده المستدل بناء على أن الإقاله بيع، و قد عرفت بطلانه كل ذلك بعد التسليم الخبر المزبور و تسليم كون المراد منه ذلك، فلا ريب حينئذ فى جواز الإقاله فى الكل و البعض فى السلم و غيره، و يتقسط الثمن حينئذ على النسبه، و الجهاله فى مثله غير قادحه قطعا: نعم فى التذكره لو أقاله فى بعض السلم ليجعل له الباقى، أو عجل المسلم اليه البعض ليقيله فى الباقى فهى فاسده، أما لو قال للمسلم اليه عجل لى حقى و أخذ دون ما استحقه بطيبه من نفسه كان جائزا، لأنه نوع صلح و تراض و الله أعلم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۲.

[فروع ثلاثه]

اشاره

فروع ثلاثه

[الفرع الأول لا تثبت الشفعه بالإقاله]

الأول قد ظهر لک أنه لا تثبت الشفعه بالإقاله و لا خیار مجلس و لا صرف و لا غیره من أحکام البیع، لأنها تابعه للبیع و هی فسخ لیست بیعا، عندنا، لا فی حق الشفیع و لا غیره، بل و لا عقد معاوضه فلا یجری علیها شی ء من أحکام عقود المعاوضه.

[الفرع الثانی لا تسقط أجره الدلال بالتقایل]

الفرع الثانی من الواضح أنه لا تسقط أجره الدلال و الوزان و الناقل و نحوهم بالتقایل، لسبق الاستحقاق الذی لا ینافی ثبوته القابل الطاری الذی هو فسخ من حینه.

[الفرع الثالث إذا تقایلا رجع کل عوض الی مالکه]

الفرع الثالث: إذا تقایلا رجع کل عوض الی مالکه لانفساخ العقد الذی نقلهما عنهما و حینئذ فإن کان موجودا عندهما علی مقتضی العقد الذی تقایلا فیه أخذه و ان کان مفقودا مثلا ضمن بمثله ان کان مثلیا و الا بقیمته یوم التلف کما صرح به جماعه کنظائره، لأن الضمان متعلق بالعین ما دامت، فإذا تلفت تعلق بقیمتها یومئذ، و لیس المراد من الضمان اشتغال الذمه بالقیمه یوم التلف، إذ لا یعقل اشتغال ذمه المالک بقیمه ماله، بل المراد قیام القیمه یوم التلف مقام العین فی صحه تعلق الإقاله، لمعلومیه بدلیه المثل و القیمه عن العین فی کل ما یتعلق بها، و ربما احتمل القیمه یوم القبض لانه ابتداء الضمان، و ضعفه واضح، کوضوح ضعف احتمال الأعلی من یوم القبض الی یوم التلف أو الإقاله.

نعم قد یقال: بضمان القیمه یوم الإقاله، لأنه یوم التعلق، و فیه ان الإقاله لا تشغل ذمه، بل لیست الا فسخا للعقد، فلا بد من قیام بدل العین قبلها، اللهم الا ان یقال ان القیمه یوم التلف قامت مقام العین، فمع فرض تغیرها الی یوم الإقاله تقوم کل

قیمه مقـام الأـخری إلی قیمه یوم الإقـاله، إذ لیس قیـام القیمه یوم التلف مقام العین بأولی من قیام کل من افراد القیمه عن الأخر، بـل هو اولی، بل الظاهر الـذی قام مقام العین کلی القیمه، و ان قارنت تلک الخصوصـیه فی یوم التلف، و لا تشـغل ذمه بها حتی یتشـخص، فیبقی کـل فرد من افرادها قائما مقام الأخر إلی یوم الإقاله، فیتعین ذلک الفرد، لانه هو الـذی قارن الاسـتحقاق، فتأمل جیدا فإنه دقیق، و منه یظهر الفرق بین القیمه فی الإقاله و بین الإقاله فی تلف المغصوب.

و علی کل حال فالتلف غیر مانع من صـحه الإقاله کما انه غیر مانع من الفسخ بالخیار، للإطلاق الأدله. نعم ینافیها التلف بناء علی أنها بیع لعدم معقولیه بیع المعدوم.

نعم احتمل فی التذکره فیما لو اشتری عبدین فتلف أحدهما صـحتها علی هذا التقدیر، لأنها تصارف القائم فیستتبع التالف، مع ان الأقوی خلافه، و لو تقایلا و المبیع فی ید المشتری، نفذ تصـرف البائع فیه، لأنها فسخ، و لا یصح بناء علی أنها بیع، و أنه لا یجوز التصـرف فی المبیع قبـل قبضه، و لو تلف فی یـده انفسـخت الإقـاله بنـاء علی أنهـا بیع، لان کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه، و صـحیحه عندنا الا ان الظاهر کونه مضـمونا علی المشتری لأنه مقبوض علی حکم العوض کالمأخوذ قرضا و سوما، لکن فی التـذکره ان الواجب فیه ان کان متقوما، أقل القیمتین من یوم العقـد و القبض، و فیه بحث، و کـذا لو تعیب فی یده فإنه یأخذ الأرش منه عندنا، أما علی أنها بیع تخیر بین إجازه الإقاله مجانا و بین فسـخها و أخذ الثمن، بناء علی أن حکم البیع کذلک، و لو کان العیب فی ید المشتری قبل الإقاله اقتصر عندنا علی أخذ الأرش، لأنه کتلف الکل، أما علی البیع و الجهل به یتجه جواز الرد، الی غیر ذلک مما لا یخفی علیک جریانه علی القولین. نعم ینبغی أن یعلم أن الإقاله تسـبب رد کل من العوضین الی المالک إذا کان باقیا علی مقتضـی العقـد الأول أما إذا فرض أن المشتری مثلا باعه ثم اسـتوهبه، أو اشتراه أو ورثه أو نحو ذلک، فقـد یقال: بعدم اقتضاء الإقاله رد العین

ضروره عدم اقتضاء فسخ العقد الأول ذلک، لان الفرض انتقاله الیه بعقد آخر، مع احتمال القول بأنه بالإقاله یخاطب برد العین مع التمکن منها کیف ما کان، و فیه منع واضح، و لذا لا یجب علیه شراؤها و ان کان متمکنا منه، بل قد یقال: بعدم وجوب الفسخ علیه لو فرض انتقالها عنه بعقد جائز اللهم الا أن یدعی ان الإقاله منه فسخ له، و فیه منع بل قد یقال: بعدم وجوب دفع العین لو کان قد فسخ العقد بعد الإقاله، لانه دخول جدید فی ملکه بعد تعلق حق المقال بالقیمه، و ان کان لا یخلو من نظر، فتأمل جیدا و الله أعلم.

و علی کل حال فقول المصنف و فیه وجه آخر فسره فی المسالک بأن القیمی یضمن بمثله، ثم ضعفه و هو کذلک، بل لم یعرف نقل هذا الوجه عن أحد فی نظائر المسأله، و ربما فسر بعدم صحه الإقاله مع التلف، و هو أضعف من السابق، إذ لا خلاف بیننا فی صحتها معه نعم فی التحریر بعد أن صرح برد الثمن مع الإقاله ان کان باقیا، و مثله ان کان تالفا أو قیمته ان لم یکن مثلیا قال: «لو تقایلا- بالثمن رجع کل عوض الی مالکه، فلو کان المعوض تالفا فالوجه صحتها، و کان الحکم کما قلناه فی الثمن» و ظاهره الفرق بین الثمن و المثمن حیث جزم فی الأول و جعله الوجه فی الثانی، لکن ضعفه واضح و الله أعلم.

إلی هنأتم الجزء الرابع و العشرون من کتاب جواهر الکلام بحمد الله و منه و قد بذلنا غایه جهدنا فی تصحیحه و مقابلته للنسخه المصححه التی قوبلت بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه و قد خرج بعون الله تبارک و تعالی خالیا من الأغلاط إلا نزرا زهیدا زاغ عنه البصر و یتلوه الجزء الخامس و العشرون فی أحکام القرض إنشاء الله تعالی.

علی الآخوندی

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ۱۴۲۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.